Die Pflichten des Dienstherrn nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristen-Fakultät der Universität Rostock i. M.

vorgelegt von

Ernst Michelsen,
Gerichtsassessor in Altona.

Referent: Professor **Dr.** Matthiaß.

Glückstadt.
Druck von J. J. Augustin.
1909.

Die Pflichten des Dienstherrn nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristen-Fakultät der Universität Rostock i. M.

vorgelegt von

Ernst Michelsen,
Gerichtsassessor in Altona.

Referent: Professor **Dr. Matthiaß.**

Glückstadt.
Druck von J. J. Augustin.
1909.

Inhaltsübersicht.

Literaturverzeichnis.

Baum, Handbuch der Gewerbegerichte. 1904.
Bendix, Drei Fragen aus dem Dienstzeugnisrechte. Archiv für bürgerliches Recht Bd. 28. S. 94.
— die nachträgliche Erhöhung einer einmal gestellten Forderung im Falle des § 612 Abs. 2 B. G. B. „Recht" 1907. S. 1055.
v. Blume, Die vorübergehende Verhinderung des zu Dienstleistungen Verpflichteten. „Recht" 1902. S. 6.
Boehm, Die Wirkungen einer unberechtigten außerordentlichen Kündigung in Bezug auf Naturalleistungen des Dienstherrn. „Recht" 1903. S. 479.
Bonn, Die Fälle der Anrechnung im Dienstvertrag nach B. G. B. und Gew. O. Diss. 1905.
Brückmann, Das Recht auf richtiges Dienstzeugnis. Seufferts Blätter für Rechtsanwendung. 1904. S. 449 u. 518.
Burchardt, Die Rechtsverhältnisse der gewerblichen Arbeiter. 1901.
Cohn, Zur Anwendbarkeit des § 614 B. G. B. auf dem Gebiete des Gesinderechts. „Recht" 1902. S. 392.
Cosack, Bürgerliches Recht. Bd. 1. 4. Aufl. 1903.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1902.
Daege, Hat der ohne wichtigen Grund vorzeitig entlassene Dienstpflichtige in jedem Falle Anspruch auf weitere Überlassung der vertragsmäßigen Dienstwohnung? Deutsche Juristenzeitung. 1907. S. 1082.
David, Rechtslage des zu Unrecht ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist entlassenen Dienstverpflichteten. „Recht" 1902. S. 146.
Dernburg, Bürgerliches Recht, Bd. II, 3. Aufl. 1906.
Delius, Besprechung der Abhandlung von Schulzenstein „Der § 617 B. G. B." Juristisches Literaturblatt. 1904. S. 37.
— Über Honorarforderungen der Spezialärzte. Deutsche Juristenzeitung. 1907. S. 286.
Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. I. 1. u. 2. Aufl. 1903.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 9. Aufl. 1903.
Fieberg, Entlassung und Austritt. Deutsche Juristenzeitung. 1904. S. 483.
Fischer, Wirkungen einer unberechtigten außerordentlichen Kündigung in Bezug auf Naturalleistungen des Dienstherrn. „Recht" 1903. S. 335.
Fischer-Henle, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches. 7. Aufl. 1906.

Frankenberg, Die Anrechnung anderweiten Verdienstes nach § 615 Abs. 2 B. G. B. Deutsche Juristenzeitung. 1903. S. 195.

Fuld, Der Gehaltsanspruch des entlassenen Handlungsgehilfen. Seufferts Blätter für Rechtsanwendung. Bd. 69. S. 49.

— Beweislast bei Dienstzeugnissen, im „Recht" 1904. S. 626.

Goldmann, Kann der Handlungsgehilfe ein Zeugnis gemäß § 73 H. G. B. erst im Zeitpunkt der Beendigung des Dienstverhältnisses oder schon vorher verlangen? „Recht" 1901. S. 453.

— Honorarforderungen der Spezialärzte. Deutsche Juristenzeitung. 1907. S. 535.

Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag im B. G. B. 1898.

Hahn, Anwendung des § 618 B. G. B. auf Arbeitsverhältnisse im weiteren Sinne. Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 45. S. 213.

Horrwitz, Das Recht der Handlungsgehilfen. 1905.

Kleinschmidt, Hat der verletzte Dienstpflichtige Anspruch auf Schmerzensgeld? Hessische Rechtsprechung. Bd. 7. S. 133.

Hilse, Das Dienstzeugnis. Holdheims Monatsschrift. 1905. S. 209.

Kohler, Der Gläubigerverzug. Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 13. S. 149.

Koppen, Das Verhältnis des § 823 zu den §§ 616, 617 des Bürgerlichen Gesetzbuches. Diss. 1903.

Kuhlenbeck, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 1. 2. Aufl. 1903.

— Der Dienstvertrag. Juristische Wochenschrift. 1904. S. 593.

Lunglmayr, Recht auf richtiges oder falsches Dienstzeugnis. Deutsche Juristenzeitung. 1907. S. 758.

Lipinsky, Das Recht im gewerblichen Arbeitsverhältnis. 1903.

Lotmar, Der Arbeitsvertrag. Bd. 1. 1902.

Lubowski, Honorarforderung der Spezialärzte. „Recht" 1907. S. 628.

Mantey, Die Anrechnungsbefugnis des Dienstberechtigten nach Satz 2 des § 615 B. G. B. „Recht" 1906. S. 848.

Marcus, Die Zeugnispflicht der Dienstherrn. „Recht" 1902. S. 610.

— Die vergütungspflichtige Leistung kraft sogenannter stillschweigender Vereinbarung — § 612 B. G. B. — Recht 1907. S. 114.

Marwitz, Der Bühnenengagementsvertrag. 1902.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 3. u. 4. Aufl. 1900.

Meyer, Zu § 615 B. G. B. Deutsche Juristenzeitung. 1906. S. 531.

— Zwei Fragen aus dem Gebiete der Gehalts- und Lohnbeschlagnahme. Deutsche Juristenzeitung. 1902. S. 449.

Müller-Meikel, Bürgerliches Recht. Bd. 1. 2. Aufl. 1904.

Mumm, Zur Zeugnispflicht des Dienstherrn. „Recht" 1903. S. 40.

Nelken, Der Lohnanspruch des gewerblichen Arbeiters bei Dienstverhinderung infolge unverschuldeten Unglücks. Deutsche Juristenzeitung. 1903. S. 210.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. 1. 4. Aufl. 1905.

Oertel, Zur Auslegung der Worte „bei Beendigung des Dienstverhältnisses" im § 630 des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches und § 75 des Handelgesetzbuches. Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß. Bd. 12. S. 28.

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1906.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 2. 3. Aufl. 1907.

Reinhard, Der einseitige Rücktritt vom Dienstvertrag und die Rechtswirkungen des berechtigten und unberechtigten Rücktritts. Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß. Bd. 7. S. 33.

Römer, Pflicht des entlassenen Handlungsgehilfen, sich zur Verfügung zu stellen. Deutsche Juristenzeitung. 1903. S. 340.
Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag. 1905.
Schalhorn, Ist Lohnvorschuß als Darlehn aufzufassen? Soziale Praxis. 1899. S. 798.
Scheiff, Muß der Arbeitgeber Lohn zahlen, auch wenn der Arbeiter kurze Zeit an der Arbeit verhindert war? Vortrag.
Schmeyer, Die Folgen der Entlassung bei Naturallohn. Deutsche Juristenzeitung. 1907. S. 593.
Schollmeyer, Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1904.
Schultzenstein, Der § 617 B. G. B. Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 23. S. 219.
— Interesse und bürgerliches Gesetzbuch. Deutsche Juristenzeitung. 1902. S. 515.
Schwedler, Das Zeugnis über Leistungen. Deutsche Juristenzeitung. 1905. S. 117.
Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag nach B. G. B. 1903.
Springer, Der Begriff des dauernden Dienstverhältnisses im B. G. B. Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 50. S. 753 ff.
Staub, Handelsgesetzbuch. Bd. 1. 8. Aufl. 1906.
— Juristische Rundschau. Deutsche Juristenzeitung. 1902. S. 451.
v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. 2. Aufl. 1906.
Thiesing, Zu § 266 und § 615 B. G. B. „Recht" 1902. S. 369.
Türcke-Niedenführ-Winter, Das bürgerliche Recht. Bd. 1. 2. Aufl. 1904.
Vollmer, Einfluß des Bürgerlichen Gesetzbuches auf den Arbeitsvertrag. Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung. Bd. 23. S. 28.
Wittmer, Das Dienstzeugnis des Handlungsgehilfen. Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen. Bd. 12. S. 176.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. 2. (zit. Mot. 2.)
Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Erste Lesung. (zit. Entwurf 1.)
Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. (zit. Reichstagskommissionsbericht.)
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. 2. (zit. P. 2.)
Stenographischer Bericht über die Verhandlungen des Reichstags.

Abkürzungen:

Arch. f. bürg. R. = Archiv für bürgerliches Recht.
D. J. Z. = Deutsche Juristenzeitung.
E. R. G. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
G. G. = Das Gewerbegericht, Monatsschrift des Verbandes deutscher Gewerbegerichte.
Gruchot = Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Hans. Ger. Ztg. = Hanseatische Gerichtszeitung.
Jur. Lit. Bl. = Juristisches Literaturblatt.
J. W. = Juristische Wochenschrift.
Rechtspr. = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
R. G. = Reichsgericht.
Sächs. Arch. = Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß.
Seuff. Archiv. = Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Seuff. Bl. = Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.

Einleitung.

Allgemeines über den Dienstvertrag.

Der Dienstvertrag des B. G. B. ist ein formloser Vertrag, durch welchen sich die Vertragschließenden[1]) einerseits zur Leistung von Diensten, die jeder Art sein können, und andererseits zur Gewährung einer Vergütung verpflichten.

Innerhalb dieser im § 611 gegebenen begrifflichen Grenzen gestaltet sich das nähere Rechtsverhältnis zwischen den Parteien im Einzelfalle, abgesehen von den besonderen Vereinbarungen, nach den Vorschriften der §§ 612—630. Die Vorschriften lauten allgemein, doch sind keineswegs alle Fälle von Dienstverträgen nach ihnen oder doch nur nach ihnen zu beurteilen. Vielmehr sind zahlreiche Arten von Dienstverhältnissen durch besondere reichsgesetzliche Bestimmungen mehr oder weniger geregelt, und auch in Landesgesetzen befinden sich besondere Regelungen verschiedener Dienstverhältnisse.[2]) Sind im konkreten Falle solche reichs- bezw. landesgesetzliche Sondervorschriften vorhanden, so gehen sie, sofern sie nicht durch das B. G. B. aufgehoben oder abgeändert werden, — und das ist fast

---

[1]) Während die Vertragschließenden im B. G. B. „der zur Dienstleistung Verpflichtete" und „der Dienstberechtigte" genannt werden, wähle ich die Bezeichnung „der Dienstpflichtige" und „der Dienstherr".

[2]) Durch reichsgesetzliche Spezialvorschriften geregelt sind namentlich die Dienstverhältnisse der Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge (H. G. B. §§ 59—83), der Handlungsagenten und Handelsmäkler (H. G. B. §§ 84—105), der Schiffer (H. G. B. §§ 511—555 und Ges. betr. die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt vom 1. Juni 1895 §§ 7 ff.), der gewerblichen Arbeiter — Gesellen, Gehilfen, Lehrlinge, Fabrikarbeiter — (Reichsgewerbeordnung §§ 105 ff., 154 und Ges. vom 26. Juli 1897 Art. 2 u. 3) u. a. m.

Als landesgesetzliche Sondervorschriften kommen in erster Linie die Vorschriften des Gesinderechts in Betracht, welches der Landesgesetzgebung durch E. G. Art. 95, allerdings innerhalb bestimmter reichsrechtlicher Grenzen, ausdrücklich überwiesen ist.

nirgends der Fall —, als Spezialgesetze in ihrer Geltung und Wirkung den generellen Vorschriften des B. G. B. vor. Diese finden dann nur ergänzend Anwendung.

Die nachfolgende Abhandlung über die Pflichten des Dienstherrn soll sich auf die Untersuchung derjenigen Pflichten beschränken, die sich aus den Bestimmungen des B. G. B. ergeben. Von einer Beleuchtung der im Reichs- und Landesrecht vielfach begründeten besonderen Pflichten soll abgesehen werden.

Teil I.

Die Pflicht zur Gewährung von Vergütung.

1. Im allgemeinen.

Die wesentlichste Pflicht des Dienstherrn besteht in der Gewährung der vereinbarten Vergütung.

Die Vergütung kann ausdrücklich vereinbart werden, ihre Vereinbarung kann sich aber mangels einer besonderen Abrede, die im Verkehr sehr oft nicht getroffen wird,[1] auch stillschweigend regeln. Als stillschweigend vereinbart gilt sie nach § 612 Satz 1, „wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist." Steht also letzteres fest, so begründet diese Tatsache eine gesetzliche Vermutung dafür, daß nach dem Parteiwilleu für die Dienste ein Entgelt zu leisten ist. Allerdings ist der Gegenbeweis dahin, daß im gegebenen Falle trotz Vorhandenseins der Voraussetzungen des § 612 Satz 1 nach dem wirklichen Willen der Parteien die Dienste nicht vergütet werden sollten, statthaft.[2]

Wann jene „Umstände" vorliegen, läßt sich allgemein nicht sagen, sondern ist im Einzelfalle nach der gesamten Lage zu bestimmen. Auf die subjektiven Vorstellungen der Parteien kann es dabei nicht ankommen. „Daß eine oder die andere Partei oder jede die Umstände verkannt, d. h. einen falschen Schluß aus denselben gezogen und danach ihre Absicht bestimmt hat, ist ohne Einfluß auf die vom dritten Beurteiler zu machende Schlußfolgerung."[3] Maßgebend ist vielmehr nur, ob nach der objektiven Sachlage erwartet werden mußte, die Dienstleistung erfolge nur gegen

---

[1]) Wer z. B. eines Arztes bedarf, wird in den seltensten Fällen das Honorar vereinbaren; wer einen Dienstmann mit einer Besorgung beauftragt, wird häufig hinsichtlich der Vergütung eine Vereinbarung nicht treffen.

[2]) v. Staudinger § 612, 1; Oertmann § 612, 1; Müller-Meikel S. 501.

[3]) Lotmar S. 127 ff.

eine Vergütung. Dazu ist zunächst immer erforderlich, daß die Leistung nach dem Sinne der Abrede und wirtschaftlich für den Empfänger eine selbständige Bedeutung hat.[1]) Im übrigen kommen als Anhaltspunkte hierfür insbesondere die Art der Dienstleistung und die für sie maßgebende Verkehrssitte, sowie auch die Standes- und Vermögensverhältnisse der Beteiligten und ihre persönlichen Beziehungen zueinander in Betracht. Wenn beispielsweise jemand sich berufs- oder gewerbsmäßig mit bestimmten Arbeiten befaßt, ist eine unentgeltliche Leistung in der Regel nicht zu erwarten. Andererseits wird zuweilen wegen der persönlichen Beziehungen der Beteiligten zueinander in der Dienstleistung eine reine Gefälligkeit oder Freigiebigkeit des einen dem anderen gegenüber zu erblicken sein und eine Vergütung deshalb als ausgeschlossen gelten müssen, wie auch die Unentgeltlichkeit sich aus ihren rechtlichen Beziehungen ergeben kann, wenn nämlich der eine als Ehegatte oder als Kind dem anderen Dienste leistet (§§ 1356, 1617).

Eine Bestimmung über die Art der Vergütung hat das Gesetz nicht aufgenommen. Sie ist somit, im Gegensatz zum römischen Recht, nicht auf Geld zu beschränken, sondern kann auch ganz oder teilweise in anderen Leistungen bestehen, wie z. B. in Gewährung von Unterhalt, Wohnung, Kleidung, Naturalien, Nutzungen und sonstigen Vorteilen.[2]) Letzteres ist bei Hauslehrern, Erzieherinnen, Dienstboten, Pförtnern u. a. m. sogar die Regel. Bei Kellnern und Hausknechten ist das Trinkgeld regelmäßig als ein Bestandteil der Vergütung anzusehen. In vielen Fällen besteht sogar ihre Vergütung ausschließlich in dem Trinkgeld, das mit Sicherheit erwartet werden kann. Auch eine vertragsmäßig zugesagte Weihnachtsgratifikation fällt unter den Begriff der Vergütung; denn ihre Zahlung ist nicht dem Ermessen des Dienstherrn überlassen, sondern obligatorisch. Die Vergütung kann auch ganz oder teilweise in einer Gewinnbeteiligung bestehen (Tantieme u. dergl.), ohne daß deshalb ein Gesellschaftsverhältnis vorliegt.[3])

Fraglich ist, ob die Vergütung auch in der Leistung von Gegendiensten bestehen kann. M. E. ist diese Frage im Gegensatz zu v. Staudinger, Hachenburg und Crome, die sie schlechthin bejahen, mit Lotmar und Oertmann zu verneinen.[4]) Denn die Vereinbarung von Gegendiensten

---

[1]) Marcus im „Recht" 1907. S. 114.

[2]) Das gewerberechtliche Verbot des sogen. Trucksystems gilt für die nach B. G. B. zu beurteilenden Dienstverhältnisse nicht.

[3]) Müller-Meikel S. 501; Dernburg § 304, 1, 2; Crome § 257, 5.

[4]) v. Staudinger § 611, 1d; Hachenburg S. 9; Crome § 257, 5; Lotmar S. 160; Oertmann § 611, 2.

würde, wenigstens dann, wenn sie nicht als eine bloße Nebenpflicht übernommen werden, dem Vertrag den Charakter des Dienstvertrages nehmen, bei dem das Gesetz den Parteien verschiedene Rollen zuweist. Ein derartiger Vertrag wird vielmehr als ein Vertrag sui generis zu behandeln sein.

Ist eine bestimmte Art der Vergütung von den Parteien vereinbart, so hat der Dienstherr die Vergütung vereinbarungsgemäß zu leisten. Er ist dann beispielsweise nicht befugt, statt der Verpflegung eine Geldabfindung zu gewähren. Mangels besonderer Abrede sind die Umstände, insbesondere die Lebensverhältnisse der Parteien und die Verkehrssitte, für die Art maßgebend. Besteht auch danach Zweifel, so ist auf Geld als das allgemeine Mittel zum Austausch von Werten zu entscheiden.

Die Vergütung kann sowohl nach der Zeit der Dienste, -Tage-, Wochen-, Monatslohn usw.: sogen. Zeitlohn — als auch nach dem Arbeitsquantum — sogen. Stück- oder Akkordlohn — bestimmt sein. Ihre Höhe regelt sich in erster Linie nach der Parteivereinbarung. Sie kann ausdrücklich vereinbart sein und auch stillschweigend durch erkennbare Bezugnahme auf Tarifverträge oder frühere Dienstverträge derselben Art unter den Beteiligten. Ferner liegt eine Vereinbarung der Höhe der Vergütung auch in der ausdrücklichen oder stillschweigenden Willenseinigung der Beteiligten, wonach ihre Bestimmung durch einen Vertragsteil erfolgen soll. — §§ 315 f. —[1]). Für den Fall, daß sie in keiner Weise bestimmt worden ist, sei es, daß überhaupt keine Vergütung versprochen ist, eine solche jedoch nach § 612 Abs. 1 als stillschweigend vereinbart gilt, oder sei es, daß eine Vergütung zwar versprochen ist, über ihre Höhe aber nichts vereinbart ist, gibt das Gesetz eine Auslegungsregel. Nach § 612 Abs. 2 ist nämlich, wenn die Höhe der Vergütung nicht bestimmt ist, „beim Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütnng, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen."

Unter Taxe im Sinne der Vorschrift ist nur eine obrigkeitliche Taxe zu verstehen, wie solche namentlich die §§ 76—79 R. Gew. O. vorsehen. An Privattaxen, die Lotmar (S. 134) hierher rechnet, und als welche er insbesondere die zwischen den Arbeitgebern und Arbeitnehmern vereinbarten Tarifverträge hervorhebt, kann hier schwerlich gedacht werden. Dies ergibt sich einmal schon aus der Natur solcher Privatvereinbarungen und würde auch dem Sprachgebrauch widersprechen.[2]) Soweit Tarifverträge bestehen, bilden diese jedoch eine wichtige Erkenntnisquelle bei der Ermittelung der in Ermangelung einer Taxe festzusetzenden

---

[1]) Bendix im „Recht" 1907. S. 1055.

[2]) Planck § 612, 3; Oertmann § 612, 3c; v. Staudinger § 612, 2b.

üblichen Vergütung. Setzt eine Taxe nicht eine bestimmte Vergütung fest, sondern enthält sie Maximal- und Minimalsätze, so greift im Rahmen der Taxe § 316 ein.

Mehrfach erörtert ist neuerdings die Frage, ob der Spezialarzt, wenn er ein bestimmtes Honorar mit dem Patienten nicht vereinbart hat, an die taxmäßigen Sätze der Gebührenordnung für Ärzte gebunden ist, oder ob er darüber hinausgehen darf. Delius[1]) räumt ihm solchenfalls das Recht auf ein höheres, in sein Belieben gestelltes Honorar ein, indem er geltend macht, daß allgemein bekannt sei, daß der Spezialarzt mehr Vergütung zu verlangen pflegt, als ein gewöhnlicher Arzt, und daß deshalb eine stillschweigende Vereinbarung eines höheren Honorar anzunehmen sei, wenn der Patient sich von einem Spezialarzt in Kenntnis dieser Eigenschaft behandeln lasse, ohne über das Honorar etwas zu vereinbaren. Diese Ansicht wird aber, m. E. mit Recht, von anderer Seite[2]) zurückgewiesen, indem zutreffend entgegnet wird, daß für die Honorarforderung von Ärzten mangels Vereinbarung eines bestimmten Honorars ohne Unterschied, daher auch für die Spezialärzte, die taxmäßigen Sätze der Gebührenordnung maßgebend sind.

Als „üblich" muß diejenige Vergütung gelten, welche im allgemeinen für die betreffende Arbeit bezahlt zu werden pflegt, und zwar am Orte oder im Bezirke der Arbeitsleistung.

Fehlt es auch an den Maßstäben einer Taxe und der Üblichkeit, so ist gemäß § 316 die Höhe der Vergütung vom Dienstpflichtigen nach billigem Ermessen festzusetzen. Ist streitig, ob eine bestimmte Höhe der Vergütung vereinbart und dadurch die Anwendung des § 612 ausgeschlossen ist, so hat derjenige, welcher die Vereinbarung behauptet, sie zu beweisen.

Hat der Dienstpflichtige zum Zwecke der Ausführung der ihm obliegenden Dienste Aufwendungen machen müssen (z. B. Fahrgelder für die Fahrt zur Arbeitsstelle, Spesen der Geschäftsreisenden), so fällt die ihm dafür zukommende Entschädigung in der Regel nicht mit unter den Begriff der Vergütung, sondern ist besonders zu entrichten.[3]) Enthält jedoch die Vergütung das Äquivalent sowohl für die Tätigkeit als auch für die Aufwendungen, so ist es umgekehrt nicht zulässig, diese Elemente auseinander zu reißen. Es kann dann z. B. vom Dienstpflichtigen kein Vorschuß gefordert werden mit der Begründung, der geforderte Betrag entspreche seinen Auslagen.

---

[1]) D. J. Ztg. 1907. S. 286.

[2]) Goldmann i. D. J. Ztg. 1907. S. 535; Lubowski i. Recht. 1907. S. 628; L. G. Berlin i. K. G. Bl. 06. S. 103.

[3]) Planck § 612, 5a; Türcke-Riedenführ § 612, 3.

„Die Vergütung ist nach der Leistung der Dienste, und wenn sie nach Zeitabschnitten (Tagen, Wochen usw.) bemessen ist, nach dem Ablauf der einzelnen Abschnitte zu entrichten." Diese im § 614 aufgestellte Regel enthält den Grundsatz der Vorleistungspflicht des Dienstpflichtigen gegenüber dem allgemeinen Prinzip der Leistung Zug um Zug bei gegenseitigen Verträgen. Sie ist jedoch nur als Dispositivvorschrift gedacht. Etwas anderes kann sowohl ausdrücklich als auch stillschweigend vereinbart werden. Als die häufigste Form besonderer Zahlungsabrede seien die Vorschußleistungen des Dienstherrn genannt, die vielfach in Arbeitsordnungen und Tarifverträgen allgemein festgesetzt sind. Eine stillschweigende Vereinbarung kann sich beispielsweise aus einer allgemeinen Übung oder Verkehrssitte, insbesondere auch aus der Art der Vergütung ergeben. Letzteres wird bei der Gewährung von Naturalvergütung in den meisten Fällen zutreffen, weil die Leistung derselben in der Regel keinen Aufschub verträgt. So ist z. B. bei der Gewährung von Unterhalt dieser schon an dem Tage zu verabreichen, für dessen Arbeit er bestimmt ist, und Wohnung ist schon bei Beginn des Arbeitsverhältnisses einzuräumen. Soweit aber eine Vorleistungspflicht des Dienstpflichtigen besteht, hat dies zur Folge, daß er wegen noch nicht erhaltener Vergütung zur Dienstverweigerung auf Grund der Einrede des nichterfüllten Vertrages (§ 320) nicht befugt ist.

Die von verschiedener Seite angeregte Frage, ob diese Einrede nicht wenigstens in dem Falle gegeben sei, wenn bei Entrichtung der Vergütung nach Zeitabschnitten die fällige Vergütung für frühere Zeitabschnitte rückständig ist, wird mit Recht verneint, weil es sich solchenfalls nicht um die Gegenleistung für die gerade jetzt beanspruchten Dienste, sondern für frühere, bereits geleistete Dienste handelt.[1]) Zweifellos greift hier aber das allgemeine Zurückbehaltungsrecht aus § 273 Platz, und zwar ist dieses nicht, wie Dernburg (§ 307, III) annimmt, auf die Sachen des Dienstherrn, die der Dienstpflichtige infolge des Vertrages in Besitz bekommen hat, zu beschränken, vielmehr darf der Dienstpflichtige seine Dienste verweigern, solange der Dienstherr seine fälligen Verpflichtungen noch nicht erfüllt hat. Daß ein Zurückbehaltungsrecht auch bezüglich der Dienste selbst der Natur des Schuldverhältnisses widersprechen sollte, wie Dernburg meint, ist nicht ersichtlich. Im Gegenteil würde in der Versagung der Zurückbehaltung eine den Vertragszwecken wenig entsprechende Benachteiligung der arbeitenden Klasse liegen. Nur bei solchen Diensten, die ihrer Eigenart nach keinen Aufschub dulden, wie z. B. die ärztliche

[1]) Lotmar S. 373; Oertmann § 614, 1; v. Staudinger § 614, I, 2b.

Tätigkeit, wird man mit Lotmar (a. a. O.) auf Grund der Worte des § 273 — „sofern nicht aus dem Schuldverhältnis sich ein anderes ergibt" — das Zurückbehaltungsrecht für ausgeschlossen halten müssen.

Tritt nach dem Abschluß des Vertrages in der Vermögenslage des Dienstherrn eine wesentliche Verschlechterung ein, durch die der Vergütungsanspruch gefährdet wird, so wird die Vorleistungspflicht des Dienstpflichtigen gemäß § 321 suspendiert, derart, daß er die Dienste verweigern kann, bis ihm die Vergütung gewährt oder Sicherheit dafür geleistet wird

2. Bei Annahmeverzug des Dienstherrn.

Im großen ganzen bemessen sich beim Dienstvertrag die Rechtsfolgen des Verzuges auf der einen oder anderen Seite nach den allgemeinen Vorschriften. Besonderes gilt jedoch für den Annahmeverzug des Dienstherrn. Nach § 322 Abs. 2 würde der Dienstpflichtige hier wegen seiner Vorleistungspflicht nur den Anspruch auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung erheben können. Dies würde aber seinem Interesse in keiner Weise genügen, da er durch die Notwendigkeit der Bereithaltung seiner Dienste für eine Nachleistung in der anderweiten Verwertung seiner Arbeitskraft gehemmt würde, ohne daß er dafür in der Zeit des unnützen Wartens ein Äquivalent erlangt hätte.[1]) § 615 Satz 1 bestimmt daher: „Kommt der Dienstberechtigte mit der Annahwe der Dienste in Verzug so kann der Verpflichtete für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein."

Zur rechtlichen Natur dieses Anspruchs des Dienstpflichtigen sei bemerkt, daß es sich nach dem Wortlaut des Gesetzes um den vertragsmäßigeu Vergütungsanspruch selbst handelt und nicht etwa um einen Ersatzanspruch auf das Erfüllungsinteresse. Die Folgerung ist, daß der Anspruch, wenn die Vergütung ganz oder teilweise in Naturalien besteht, sich auch auf Gewährung dieser erstreckt. Dieser Grundsatz kann jedoch nicht schlechthin gelten: denn wollte man ihn unterschiedslos anwenden, so würden sich in zahlreichen Verhältnissen des täglichen Lebens unnatürliche und für den Dienstherrn unerträgliche Zustände ergeben. Es ist vielmehr stets zu prüfen, ob nicht der Empfang der Naturalleistungen mit der Ausübung der Dienste in so engem Zusammenhange steht, daß der Vertrag dem Willen der Parteien entsprechend oder nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte dahin ausgelegt werden muß, daß der Anspruch auf Naturalentlohnung nur solange bestehen bleiben soll, als tatsächlich Dienste

[1]) Oertmann § 615, 2.

geleistet werden. Ist das der Fall, so hat der Dienstpflichtige lediglich einen Anspruch auf den Ersatz des Wertes der Naturalleistungen.[1])

Streitig geworden ist in dieser Hinsicht insbesondere die Frage, ob ein ohne wichtigen Grund vorzeitig entlassener Dienstpflichtiger, der eine Dienstwohnung unter Anrechnung des Mietswertes auf die Vergütung innehat, Anspruch auf Überlassung der Wohnung bis zum Ablauf der Vertragszeit hat. Fischer („Recht" 1903 S. 335), Schmeyer (D. J. Z. 1907 S. 593) und Dernburg (Bürg. R. Bd. 3. S. 76, 8) wollen ihm dieses Recht überhaupt versagen; der erstere in der Annahme, daß durch die Entlassung das Dienstverhältnis vorzeitig vollkommen erloschen sei; Dernburg davon ausgehend, daß der Dienstpflichtige nicht Besitzer der Wohnung, sondern nur Besitzdiener des Dienstherrn gemäß § 855 sei, so daß also der Dienstherr ihn eigenmächtig aus der Wohnung entsetzen könne. Letzterer Ansicht ist auch Schmeyer. Ihnen ist m. E. nicht zu folgen. Die Begründung Fischers ist zweifellos irrig; denn der Annahmeverzug hebt den Dienstvertrag so wenig wie einen anderen Vertrag ohne weiteres auf; er bleibt vielmehr rechtlich weiter bestehen bis zu seiner ordnungsmäßigen Beendigung.[2]) Was das von Dernburg angenommene Besitzdienerverhältnis anlangt, so mag es auf das Dienstverhältnis der Dienstboten passen; im übrigen aber ist das in Frage stehende Rechtsverhältnis nicht nach § 855, sondern nach § 868 zu beurteilen; der Dienstpflichtige übt die tatsächliche Gewalt über die Wohnung nicht als Besitzdiener für den Dienstherrn, sondern in eigenem Interesse und für sich aus; er ist der unmittelbare, der Dienstherr nur der mittelbare Besitzer.[3]) Aber auch die entgegengesetzte Ansicht von Bonn (a. a. O.) und Oertmann (a. a. O.), die die Frage schlechthin bejahen, indem sie die weitere Innehabung der Wohnung seitens des Dienstpflichtigen als nicht unvereinbar mit der Nichtannahme der Dienste bezeichnen, halte ich nicht für zutreffend. Vielmehr ist die Entscheidung m. E. auch hier von Fall zu Fall nach den oben hervorgehobenen Gesichtspunkten zu treffen. Demnach dürfte beispielsweise einem entlassenen Portier der Anspruch auf weitere Überlassung der Portierswohnung nicht zuzuerkennen sein.

Auf die ihm zukommende Vergütung muß der Dienstpflichtige sich aber nach § 615 Satz 2 „den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweite Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt."

---

[1]) Lotmar S. 732; Oertmann § 615, 2; Daege, D. J. Z. 1907 S. 1082.

[2]) Sigel S. 77; Bonn S. 11; Oertmann § 615, 2c.

[3]) Bonn a. a. O.; Boehm, „Recht" 1903 S. 479.

Er soll nicht mehr erhalten, als ihm nach dem Vertrage gebührt, und nicht etwa auf Kosten des Dienstherrn einen Gewinn machen.

Die Anrechnung infolge Unterbleibens der Dienstleistung gemachter Ersparnisse dürfte nicht gerade häufig praktisch werden. Immerhin können aber solche Fälle vorkommen, wie z. B. wenn der Dienstpflichtige für die Dienstleistungen Aufwendungen an Materialien, an Lohn für Gehülfen und Fahrgeldern für die Fahrt zur Arbeitsstelle hätte machen müssen und diese jetzt erspart. Soweit die Ersparnisse nicht in Geld bestehen, werden sie durch Schätzung in Rechnung gestellt. Bei denjenigen ersparten Aufwendungen, deren Ersatz außer der Vergütung zu erfolgen hatte, ist die Anrechnung natürlich ausgeschlossen.

Weit häufiger tritt der Fall ein, daß der Dienstpflichtige durch anderweite Verwendung der Dienste etwas erwirbt. Er braucht sich dann selbstverständlich nur dasjenige anrechnen zu lassen, was er durch anderweite Verwendung gerade desjenigen Teiles seiner Arbeitskraft erwirbt, welchen er dem Dienstherrn zur Verfügung zu stellen verpflichtet war. Handelt es sich um einen Verdienst, den er ohne Pflichtverletzung auch hätte machen können, wenn das alte Dienstverhältnis weiter bestanden hätte, so kann dieser nicht als „anderweitiger Erwerb" angerechnet werden.[1]) Daß der Erwerb gerade durch anderweitige Verwendung der Vertragsdienste erzielt wird, ist nicht erforderlich; es wird vielmehr, wie dies in der analogen Vorschrift des § 324 ausdrücklich ausgesprochen ist, auch hier sinngemäß nur gefordert, daß der Dienstpflichtige die für den Dienstherrn zu verwendende Kraft irgendwie anderweit verwertet, sei es für eigene oder fremde Rechnung.[2]) Die gegenteilige, in der Entscheidung des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 25. Januar 1900 (D. J. Z. 1900 S. 364) vertretene Ansicht beruht auf einer unstatthaft engen Auslegung der Worte „durch anderweitige Verwendung seiner Dienste" und führt zu einem unbilligen Ergebnis. Angerechnet werden kann der ganze anderweitige Erwerb, auch wenn er den Betrag übersteigt, den der Dienstpflichtige in der gleichen Zeit auf Grund des Dienstvertrages verdient haben würde. Natürlich kann dieser die Mehraufwendungen, die ihm dabei über dasjenige Maß hinaus, das er bei Durchführung der Vertragsdienste aufzuwenden gehabt hätte, entstanden sind, in Abzug bringen.[3])

In gleicher Weise wie im Falle anderweiten Erwerbes trifft den Dienstpflichtigen die Anrechnungspflicht, wenn er einen solchen böswillig

---

[1]) Bonn S. 12; Planck § 615, 4; Oertmann § 615, 2a; v. Staudinger § 615, 3d; Neumann § 615, 3; R. G. in J. W. 1903 Beil. 11 S. 99.

[2]) Bonn a. a. O.; Oertmann a. a. O.; Lotmar S. 267.

[3]) Planck § 615, 4; E. R. G. Bd. 58 S. 402.

unterläßt. Böswillig unterlassen ist ein Erwerb, wenn er vom Dienstpflichtigen vorsätzlich unterlassen ist in der Absicht, den Dienstherrn zu schädigen. Das Bewußtsein der Schädigung genügt nicht. Besondere Bemühungen zur Erlangung anderweitiger Arbeit können aber vom Dienstpflichtigen nicht verlangt werden. Auch ist er zur Annahme der ihm anderweitig angebotenen Dienste nicht unbedingt verpflichtet, sondern nur insoweit, als ihm nach ihrer Beschaffenheit die Annahme zugemutet werden kann, was nach der Verkehrssitte und den in den Kreisen der Beteiligten herrschenden Anschauungen zu beurteilen ist. Das Gesetz setzt indessen nicht voraus, daß es ein Dritter sein muß, der ihm Gelegenheit zu anderweitigem Erwerb bietet. Es ist auch denkbar, daß der Dienstherr selbst ihm die Übernahme anderer Dienste anträgt. Dabei braucht die angebotene andere Tätigkeit nicht notwendig von derselben Art zu sein, wie die vertragsmäßige, vielmehr ist auch das Angebot einer ähnlichen Tätigkeit zulässig, die aber nicht geringer vergütet sein darf, als die vertragsmäßige. Liegen jedoch besondere Umstände vor, nach welchen dem Dienstpflichtigen die Annahme anderweiter Arbeit seitens des Dienstherrn billigerweise nicht zugemutet werden kann, wie z. B. im Falle eines vertragswidrigen Verhaltens des Dienstherrn, so muß er natürlich zur Ablehnung für befugt gelten.[1])

Bei der Anrechnung sind, wie der Sinn der Vorschrift ergibt, die Anrechnungswerte dem Anspruch des Dienstpflichtigen auf die Vergütung überhaupt, nicht etwa nur dem Anspruch auf die Vergütung für den Zeitabschnitt, in dem er die Ersparnisse und den anderweitigen Erwerb gemacht hat, gegenüberzustellen. Hat er z. B. für restliche 4 Wochen 150 *M.* zu beziehen und verdient er während 2 Wochen anderweitig 100 *M.*, so stehen diese 100 *M.* als Anrechnungsgegenstand nicht 75 *M.*, sondern 150 *M.* gegenüber.[2]) Da dem Dienstherrn aber nur ein Anrechnungsrecht zusteht, kann die Berücksichtigung des anderweiten Verdienstes höchstens zur Herabdrückung des Vergütungsanspruchs auf Null führen; zur Herausgabe eines etwaigen Verdienstüberschusses ist der Dienstpflichtige niemals verpflichtet.

Wann der Anspruch aus § 615 zu Zahlung fällig ist, darüber enthält das Gesetz keine ausdrückliche Bestimmung. Man wird daher annehmen müssen, daß die Zahlungszeit beim Annahmeverzug die gleiche ist wie bei tatsächlicher Dienstleistung.

---

[1]) Frankenberg, D. J. Z. 1903 S. 195; Thiesing, „Recht" 1902 S. 370; Baum S. 385; Oertmann § 615, 2.

[2]) Bonn S. 14; Oertmann a. a. O.; R. G. im „Recht", Bd. 8, S. 630.

Wie bereits hervorgehoben wurde, werden die allgemeinen Wirkungen des Verzuges (§§ 304, 300) durch den § 615 nicht berührt. Hat der Dienstpflichtige daher z. B. für sein erfolgloses Angebot besondere Aufwendungen gemacht (Reiseauslagen), so kann er hierfür neben der ihm nach § 615 zustehenden Vergütung gemäß § 304 Ersatz verlangen.

Die Voraussetzungen des Annahmeverzuges des Dienstherrn sind die allgemeinen Voraussetzungen des Gläubigerverzuges (§§ 293 ff). Demnach kommt der Dienstherr in Verzug, wenn er die ihm vom Dienstpflichtigen vertragsmäßig angebotenen Dienste nicht annimmt, einerlei, ob ihn Verschulden dabei trifft oder nicht. Einer Nichtannahme der Dienste ist es gleich zu achten, wenn der Dienstherr selbst zur Ermöglichung der Dienste eine Leistung zu machen hat, z. B. Einrichtungen und Gerätschaften beschaffen muß, und diese verzögert. Ferner setzt auch, soweit der Dienstpflichtige befugt ist, Gehülfen zur Dienstleistung heranzuziehen,[1]) die Nichtannahme der Dienste dieser den Dienstherrn in Annahmeverzug. Die Vorschrift des § 615 bezieht sich weiter sowohl auf den Fall der Nichtannahme noch gar nicht angefangener Dienste als auch auf den Fall der Nichtweiterannahme bereits begonnener Dienste. Der Annahmeverzug kann ferner ein nur vorübergehender oder ein endgültiger sein. Vorübergehend ist er, wenn der Dienstherr den Dienstpflichtigen gegen seinen Willen und ohne gerechten Grund mit der Dienstleistung nur vorläufig noch nicht beginnen oder wieder aussetzen läßt, ohne das Dienstverhältnis zu lösen. Endgültig ist er, wenn er das Angebot der Dienste schlechterdings ablehnt, ohne den Dienstpflichtigen eine spätere Beschäftigung in Aussicht zu stellen. Dieses ist der Fall sowohl, wenn er gleich das erste nach Abschluß des Vertrages gemachte Angebot der Dienste definitiv ablehnt, als auch, wenn er den Dienstpflichtigen nach Antritt der Dienste ohne gerechten Grund vorzeitig entläßt; denn durch die Entlassung erklärt er unzweideutig, daß er auf seine Dienste überhaupt verzichten und mit ihm nichts mehr zu tun haben will. Zur Inverzugsetzung des Dienstherrn bedarf es letzterenfalls nicht noch erst eines nochmaligen wörtlichen Angebotes der noch übrigen Dienste seitens des Dienstpflichtigen. Der Dienstherr setzt sich vielmehr schon mit der Entlassung selbst in Verzug; denn durch den Antritt seiner Tätigkeit hat der Dienstpflichtige seine Dienste für die gesamte Vertragszeit tatsächlich im Sinne des § 294 angeboten; warum dieses durch die Entlassung

---

[1]) Die Hinzuziehung von Gehülfen ist durch § 613 an sich nicht ausgeschlossen. Voraussetzung hierfür ist jedoch, daß die Beschaffenheit der Dienste sie als angängig erscheinen läßt.

vom Dienstherrn abgelehnte tatsächliche Angebot noch einmal auch wörtlich wiederholt werden soll, ist nicht ersichtlich.[1])

Die Zeitdauer des Annahmeverzuges ist, wenn Beginn und Ende des Vertragsverhältnisses bestimmt sind, ohne weiteres zu bemessen, einerlei, ob es sich um einen vorübergehenden oder endgültigen Annahmeverzug handelt. Ist jedoch nur der Beginn des Dienstverhältnisses, nicht aber dessen Dauer bestimmt, so fehlt es beim endgültigen Annahmeverzug an einem unmittelbaren Maßstab für seine zeitliche Begrenzung. Hier wird das Ende des Verzuges durch Heranziehung der Kündigungsfrist zu bestimmen sein, indem der ungerechtfertigten Ablehnung der Dienste die Bedeutung der ordnungsmäßigen Kündigung beizulegen ist.[2])

3. Bei vorübergehender Verhinderung des Dienstpflichtigen.

Nach § 616 wird der Dienstpflichtige „des Anspruchs auf die Vergütung nicht dadurch verlustig, daß er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird." Es wird also die Gefahr einer von keiner der Vertragsparteien zu vertretenden teilweisen Leistungsunmöglichkeit, welche nach der allgemeinen Vorschrift des § 323 vom Dienstpflichtigen zu tragen sein würde, auf den Dienstherrn übertragen. Der Gesetzgeber ist hierbei davon ausgegangen, daß der Dienstherr mit derartigen, verhältnismäßig geringfügigen Unterbrechungen der Dienste von vornherein rechnen müsse und es nur der Billigkeit entspreche, wenn der dadurch bewirkte Arbeitsausfall von ihm und nicht von dem Dienstpflichtigen getragen werde.

Bezüglich der Voraussetzungen des Vergütungsanspruchs aus § 616 gilt im einzelnen Folgendes. Zunächst muß der Grund der Verhinderung des Dienstpflichtigen in seiner Person liegen. In Betracht kommen also z. B. Hinderungsgründe wie Krankheit, Unfälle, Teilnahme an Kontrollversammlungen, Einziehung zu militärischen Übungen, Erfüllung staatsbürgerlicher Pflichten (Schöffen- und Geschworenendienst, Wahrnehmung von Terminen als Zeuge, Sachverständiger, Vormund usw., Teilnahme an Reichstags-, Landtags- und Kommunalwahlen) usw.

---

[1]) Sigel S. 76; Bonn S. 9; Römer, D. J. Z. 1903 S. 340; Fieberg, D. J. Z. 1904 S. 485; Oertmann § 615, 2c; Planck § 615, 3; Staub § 70 Anm. 4; Horrwitz S. 130; Meyer, D. J. Z. 1906 S. 531; Fuld, in Seuff. Bl. Bd. 69 S. 49 ff.; O. L. G. Cassel im „Recht" Bd. 9, S. 78; O. L. G. Darmstadt in Hess. Rechtspr. Bd. 4, S. 33 ff.; O. L. G. Marienwerder in Rechtspr. Bd. 5, S. 34.

— a. M. Kammergericht in Rechtspr. Bd. 7, S. 472.

[2]) Rümelin S. 242; Dernburg S. 450, II, 4.

Desgleichen fällt die Entbindung weiblicher verheirateter Dienstpflichtiger hierunter. Ferner sind auch Krankheit, Tod oder Begräbnis naher Angehöriger oder sonstige außerordentliche Familienvorkommnisse hierher zu rechnen. Denn durch die Worte „in seiner Person" werden die ganzen persönlichen Verhältnisse des Dienstpflichtigen umfaßt.[1])

Der § 616 setzt weiter voraus, daß die Verhinderung ohne Verschulden des Dienstpflichtigen eintritt; im Falle eigenen Verschuldens hat er keinen Anspruch auf die Vergütung. Wann ein Verschulden vorliegt, bestimmt sich nach § 276. Als verschuldet anzusehen sind z. B. Verhinderungen infolge rechtmäßiger Untersuchungs- und Strafhaft, Trunkenheit usw.; ferner auch Verhinderungen infolge sittlicher Fehltritte, z. B. infolge ansteckender Geschlechtskrankheit oder Schwangerschaft und Entbindung nach außerehelichem Geschlechtsverkehr.[2])

Die dritte Voraussetzung ist, daß die Verhinderung nur eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit dauert. Einen Vergleichsfaktor zur Bestimmung der Verhältnismäßigkeit der Verhinderungsdauer hat das Gesetz nicht gegeben, sondern dem richterlichen Ermessen die Bestimmung im einzelnen Falle überlassen. Infolge dieser Regelung hat der Begriff der verhältnismäßig nicht erheblichen Zeit in der Rechtswissenschaft zu lebhaft erörterten Meinungsverschiedenheiten Anlaß gegeben, und auch die Rechtsprechung ist in seiner Anwendung sehr schwankend. Für die Feststellung des gesuchten Verhältnisses sind eine ganze Reihe von Anhaltspunkten als maßgebend bezeichnet worden. Ein zweifellos immer und in erster Linie in Betracht zu ziehendes Moment ist die Gesamtdauer des Dienstverhältnisses. Diese ist aber nicht allein als Vergleichsfaktor der Dauer der Verhinderung gegenüberzustellen. Die Zeit der Verhinderung muß nicht nur absolut, sondern auch relativ, d. i. gegenüber der Natur und dem Zweck der konkreten Dienstleistung und mit Rücksicht auf den Umfang des Geschäftsbetriebes des Dienstherrn, nicht erheblich sein. Unter Umständen kann daher mit Planck[3]) ein Anhaltspunkt auch darin gefunden werden, ob für die Zeit der Verhinderung ein besonderer Vertreter notwendig gewesen ist. Allerdings wird dieses

---

[1]) Dernburg S. 445; v. Staudinger § 616, III, 1; Oertmann § 616, b; Planck § 616, 2a; v. Blume im „Recht" 1902 S. 7; Scheiff S. 5.

[2]) Planck a. a. O.; v. Staudinger a. a. O.; Oertmann a. a. O.; Kuhlenbeck § 616, Anm. 1.

Bonn S. 118 erblickt dagegen in dem außerehelichen Geschlechtsverkehr kein Verschulden.

[3]) § 616, 2b; ebenso v. Staudinger § 616, III, 3; Sigel S. 62; — a. M. Dernburg S. 391; v. Blume im „Recht" 1902 S. 6.

Moment oft versagen, da vielfach schon bei der geringfügigsten Dauer der Verhinderung die Bestellung eines Vertreters unvermeidlich sein wird. Häufig wird auch die Kündigungsfrist als nicht erhebliche Zeit anzusehen sein; doch ist es nicht richtig, sie allein als Maßstab zu nehmen, wozu die Gewerbegerichte neigen.[1]) Vor allem stellt sie nicht schlechthin das Maximum der Nichterheblichkeit dar; denn das würde zu dem unbilligen Ergebnis führen, daß die Bestimmung des § 616 für Dienstverhältnisse, welche vertragsmäßig auf kurze oder gar jederzeitige Kündigung gestellt, aber tatsächlich von langer Dauer sind, illusorisch sein würde. In solchen Fällen wird vielmehr die tatsächliche Dauer des Vertragsverhältnisses zu berücksichtigen sein.

Streitig ist, ob § 616 analoge Anwendung findet auf diejenigen Fälle zufälliger zeitweiliger Verhinderung, deren Grund außerhalb der Person des Dienstpflichtigen liegt (sog. reiner Zufall), z. B. er kann infolge einer Überschwemmung nicht an die Arbeitsstätte gelangen. Von verschiedener Seite wird die Frage bejaht, indem ausgeführt wird, daß der Dienstpflichtige für solche Umstände noch viel weniger als für die in seiner Person eintretenden zufälligen Hinderungsgründe verantwortlich zu machen sei.[2]) Andererseits wird die Ansicht vertreten, daß es in solchen Fällen bei der allgemeinen Regel des § 323 sein Bewenden haben müsse, da § 616 eine Ausnahmebestimmung sei, die nicht ohne weiteres analog angewendet werden dürfe.[3]) Ich trete der letzteren Auffassung bei. Wenn der Gesetzgeber dem Dienstherrn eine so weitgehende Haftung hätte auferlegen wollen, so hätte er das jedenfalls in der Vorschrift zum Ausdruck gebracht. Gerade daraus, daß dort nur von den in der Person des Dienstpflichtigen eintretenden Hinderungsgründen die Rede ist, muß gefolgert werden, daß er dem Dienstherrn die Gefahr des sog. reinen Zufalls nicht auferlegen wollte.

Auf den ihm zustehenden Vergütungsanspruch muß der Dienstpflichtige sich jedoch nach Satz 2 der Bestimmung „den Betrag anrechnen lassen, welcher ihm für die Zeit der Verhinderung aus einer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung zukommt."

Zu den auf Grund gesetzlicher Vorschrift bestehenden Versicherungen wird man auch diejenigen rechnen müssen, welche auf Ortsstatut oder Polizeivorschrift beruhen, sofern eine Beitragspflicht besteht. Ob der

---

[1]) Baum S. 393 ff.

[2]) Dernburg S. 445; Bonn S. 31; Matthiaß S. 585; Endemann S. 1092, Anm. 28.

[3]) Planck § 616, 5; v. Staudinger § 616, II, b; Oertmann § 616, Ib.

Dienstherr Versicherungsgelder zahlt oder nicht, ist für die Anrechnung gleichgültig.[1]) Zweifelhaft ist, ob die Anrechnung nur in den beiden im Gesetz genannten Fällen erfolgen kann, oder ob Entsprechendes anzunehmen ist, wenn die Verhinderung durch ein anderes Ereignis als durch Krankheit oder Unfall veranlaßt wird und der Dienstpflichtige infolge dieses Ereignisses etwas erwirbt, wie z. B., wenn er als Zeuge Gebühren, als eingezogener Reservist Löhnung erhält. Dernburg (a. a. O.), Bonn (S. 34), Scheiff (S. 15) und v. Blume (im „Recht" 1902 S. 8) befürworten letzteres auf Grund der Erwägung, daß der Gesetzgeber den Dienstherrn im Falle des § 616, jedenfalls nicht habe schlechter stellen wollen als im Falle des § 615, wo der Grund der Leistungsunmöglichkeit in seiner eigenen Person liege. Indessen scheint mir der Wortlaut der Vorschrift eine derartige Ausdehnung nicht zuzulassen, welche Ansicht auch von der herrschenden Meinung gebilligt wird.[2])

Der § 616 gilt für Dienstverhältnisse jeder Art. Gleichgültig ist es auch, ob die Vergütung nach Zeit bemessen wird, oder ob sie in Form von Stücklohn gezahlt wird. Die Entstehungsgeschichte der Gesetzesstelle läßt dies mit Sicherheit erkennen. Im ersten Entwurf (§ 362) war nämlich noch die Voraussetzung gefordert, daß es sich um „dauernde die Erwerbstätigkeit des Dienstpflichtigen vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nehmende Dienstverhältnisse" handele. Die zweite Kommission (P. II S. 280) beseitigte diese Voraussetzung und erstreckte die Vorschrift auf alle Dienstverträge. Sie stellte dafür allerdings eine andere Beschränkung ein, nämlich auf die Fälle, in denen die Vergütung nach Zeitabschnitten bestimmt sei; bei Stücklohn „solle der Dienstpflichtige die Gefahr verhältnismäßig geringfügiger Verhinderung tragen". Jener neue Zusatz wurde aber wiederum von der Reichstagskommission abgelehnt, welche die jetzige Fassung wählte und damit nach Bericht S. 47 sowohl den Fall des Zeit- als des Stücklohns getroffen wissen wollte. Bei Stücklohn wird die Vergütung für die Zeit der Verhinderung nach dem festzustellenden Durchschnittsverdienst zu berechnen sein.[3])

Trotz ihres sozialpolitischen Charakters ist die Vorschrift des § 616, wie fast allgemein anerkannt ist,[4]) nicht als zwingend, sondern als dis-

---

[1]) Bonn a. a. O.; v. Staudinger a. a. O.; Planck § 616, 3a; Matthiaß S. 585; Neumann § 616, 5; Kuhlenbeck § 616, 2.

[2]) Planck a. a. O.; Endemann a. a. O.; v. Staudinger § 616, IV, b; Oertmann § 616, 2a; Koppen S. 8; Kuhlenbeck § 616, 2; Türcke-Niedenführ § 616, 6.

[3]) Sigel S. 60; Planck § 616, 4; v. Staudinger § 616, II.

[4]) a. M. nur Lotmar S. 270; Hachenburg S. 58; Nelkem D. J. Z. 1903 S. 211.

positiv aufzufassen. Denn hätte der Gesetzgeber sie als jus cogens angesehen wissen wollen, so würde er sie zweifellos mit in den § 619 aufgenommen haben, in dem die unmittelbar folgenden §§ 617, 618 ausdrücklich für zwingend erklärt werden. Das argumentum e contrario ist hier unabweislich.

4. Bei unbefristeter Kündigung.

Ein Dienstverhältnis kann auf bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen sein. Im ersten Falle endigt es nach § 620 Abs. 1 mit dem Ablauf der Zeit, für die es eingegangen ist. Ist es dagegen auf unbestimmte Zeit eingegangen, so bedarf es zur Beendigung der Kündigung seitens einer der Parteien nach Maßgabe der §§ 621—623 oder der Parteivereinbarung. Außer dieser ordentlichen Kündigung gibt es für gewisse Fälle noch eine außerordentliche Kündigung des Dienstverhältnisses. Es kann nämlich zunächst jedes Dienstverhältnis beim Vorliegen eines wichtigen Grundes, und ferner auch ohne solchen Grund ein Dienstverhältnis, bei dem der Dienstpflichtige, ohne in einem dauernden Dienstverhältnis mit festen Bezügen zu stehen, Dienste höherer Art[1]) leistet, die auf Grund besonderen Vertrauens übertragen werden, von beiden Teilen ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt, mithin plötzlich aufgelöst werden (§§ 626, 627). Findet eine solche unbefristete Kündigung statt, so kann der Dienstpflichtige nach § 628 Satz 1 „einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung verlangen."

Die Berechnung dieses Teiles ergibt, wenn es sich um einen Zeitlohnvertrag handelt, keine besonderen Schwierigkeiten. Man wird regelmäßig nur das Zeitverhältnis der tatsächlich geleisteten Dienste zu den gesamten bedungenen Diensten zugrunde zu legen haben. Verteilen sich jedoch die Dienste im Einzelfalle ihrem Werte nach nicht gleichmäßig auf die ganze Dienstzeit, — z. B. kann ein entlassener Hausarzt bisher gerade besonders große Leistungen, wie Nachtbesuche und Operationen gemacht haben, und umgekehrt kann auch der Dienstpflichtige, und zwar häufig eben infolge des Grundes der Kündigung, zu Anfang des Dienstverhältnisses weniger geleistet haben, als auf die betreffende Dienstzeit an sich entfallen würde, — so ist auch qualitativ das Verhältnis der tatsächlichen Dienstleistungen zu den überhaupt versprochenen bei der Berechnung in Betracht zu ziehen.[2]) Schwierigkeiten bei der Vergütungs-

[1]) Hierunter versteht das Gesetz geistige Berufsarbeit.

[2]) v. Staudinger § 628, I, 1a; Oertmann § 628, 1; Dernburg S. 455 Anm. 10; Cosack S. 514; Crome S. 659 Anm. 35.

berechnung ergeben sich aber im Falle eines Akkordlohnvertrages. Der Dienstherr wird hier geneigt sein, die Vergütung in der Art zu berechnen, daß er von der vereinbarten Gesamtvergütung, die ihm infolge der Fertigstellung des Stückes durch einen anderen Arbeiter erwachsenden Auslagen in Abzug bringt, während der Dienstpflichtige sich einfach nach einem bestimmten Stundenlohnsatz eine seiner Dienstzeit entsprechende Vergütung berechnen wird. Die erste Berechnungsart würde jedoch dem Dienstpflichtigen zum Schaden gereichen; denn die Kosten, welche die Fertigstellung des von ihm angefangenen Stückes durch einen anderen verursacht, übersteigen erfahrungsgemäß meistens den Betrag, den er selbst sich im Falle eigener Beendigung für dieselbe Arbeit berechnen könnte. Dagegen würde sich bei der zweiten Berechnungsart aus demselben Grunde leicht ein Nachteil für den Dienstherrn ergeben; denn er würde dann häufig den zwei Arbeitern, welche an dem Stück gearbeitet haben, mehr Vergütung zahlen, als er hätte bezahlen müssen, wenn der erste Dienstpflichtige das ganze Stück hergestellt hätte. Man wird daher keiner der gedachten Berechnungsarten folgen können. Vielmehr wird man die Vergütung nach dem objektiven Wert der bisherigen Leistungen festsetzen müssen. Die Schätzung dieses Wertes wird freilich in der Praxis zuweilen Schwierigkeiten bereiten, allein ein anderer Weg billiger Berechnung erscheint nicht gegeben.

Ob die teilweise Dienstleistung an sich betrachtet für den Dienstherrn von Wert ist oder nicht, ist grundsätzlich einerlei. Dies ergibt sich ohne weiteres daraus, daß Satz 2 der Vorschrift jenen Gesichtspunkt als besondere Ausnahme verwertet. Er bestimmt nämlich, daß dem Dienstpflichtigen, wenn er kündigt, ohne durch vertragswidriges Verhalten des Dienstherrn dazu veranlaßt zu sein, oder wenn er durch sein vertragswidriges Verhalten die Kündigung des Dienstherrn veranlaßt, „ein Anspruch auf die Vergütung insoweit nicht zusteht, als seine bisherigen Leistungen infolge der Kündigung für den anderen Teil kein Interesse haben.“

Die bisherigen Leistungen des Dienstpflichtigen haben für den Dienstherrn kein Interesse, wenn sie für ihn wirtschaftlich nutzlos sind.[1]) Ob und inwieweit das zutrifft, ist Tatfrage. Beim Zeitlohnvertrag wird dadurch, daß der Dienstherr an Stelle des austretenden Dienstpflichtigen einen anderen anstellen muß, sein Interesse an dessen bisherigen Leistungen regelmäßig nicht alteriert werden. Dagegen wird beim Akkordlohnvertrag ein Personenwechsel vor Fertigstellung des Stückes den Interessen des Dienstherrn im allgemeinen widersprechen. Dieser wird

[1]) Sigel S. 182; v. Staudinger § 628, II, 2; Schultzenstein, D. J. Z. 1902 S. 519.

hier für berechtigt erachtet werden müssen, von der Gesamtvergütung die ihm aus der anderweiten Fertigstellung des Stückes erwachsenden Ausgaben in Abzug zu bringen.

Der Begriff „vertragswidriges Verhalten" erfordert nicht bloß ein objektiv rechtswidriges, sondern auch ein subjektiv widerrechtliches Verhalten, also eine schuldhafte Verletzung der Vertragspflichten. Dies ist in der Kommission des Reichstags ausdrücklich festgestellt (P. II S. 180) und kommt auch durch die vom Gesetz gewählten Worte unzweideutig zum Ausdruck; für eine unverschuldete Nichterfüllung der Vertragspflichten, wie z. B. bei Krankheit, würden die Worte „vertragswidriges Verhalten" gar nicht passen; auch trägt das Wort „Verhalten" an sich schon einen gewissen subjektiven Charakter.

Die beiden bisher erörterten Sätze des § 628 gehen davon aus, daß nach der Regel des § 614 Vorleistung der Dienste stattgefunden hat. Hat dagegen Vorleistung der Vergütung stattgefunden, so ist nach Satz 3 der Gesetzesstelle der Dienstpflichtige in Gemäßheit des zu Satz 1 und 2 Gesagten zur Rückerstattung verpflichtet. Letztere hat nach Maßgabe des § 347 oder, wenn die Kündigung wegen eines Umstandes erfolgt ist, den der Dienstpflichtige nicht zu vertreten hat, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812 ff.) zu erfolgen.

Gibt der Dienstherr dem Dienstpflichtigen durch vertragswidriges Verhalten Anlaß zu der vorzeitigen Kündigung, so ist er außer zur Entrichtung der Vergütung für die bisherigen Leistungen auch zum Ersatz des dem Dienstpflichtigen durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstandenen Schadens verpflichtet.[1]) (§ 628 Abs. 2). Diese Schadensersatzpflicht wird regelmäßig darauf hinauskommen, daß der Dienstherr verpflichtet ist, dem Dienstpflichtigen bis zu dem Zeitpunkt, in welchem das Dienstverhältnis durch ordentliche Kündigung hätte gelöst werden können, die vertragsmäßige Vergütung weiter zu zahlen. Auf die Vergütung kann er jedoch nach Analogie des § 615 den Wert des vom Dienstpflichtigen anderweit Verdienten bzw. des von ihm böswillig unterlassenen anderweiten Erwerbs anrechnen. Ist dem Dienstpflichtigen ein weiterer Schaden entstanden, z. B. durch Auslagen für ein infolge der Kündigung nicht mehr verwendbares Eisenbahn-Abonnement, Kosten eines Umzuges und dergl., so kann dieser natürlich außerdem noch geltend gemacht werden.

---

[1]) Im umgekehrten Falle trifft den Dienstpflichtigen gemäß derselben Vorschrift eine analoge Ersatzpflicht.

Teil II.

Die Fürsorgepflicht.

1. Im allgemeinen.

Aus sozialpolitischen Rücksichten und aus Gründen der Humanität und Moral ist dem Dienstherrn vom Gesetz eine besondere Fürsorgepflicht für die Person des Dienstpflichtigen, für sein leibliches und in gewisser Hinsicht auch für sein sittliches und geistiges Wohl auferlegt. So bestimmt § 618 Abs. 1: „Der Dienstherr hat Räume, Vorrichtungen oder Gerätschaften, die er zur Verrichtung der Dienste zu beschaffen hat, so einzurichten und zu unterhalten und Dienstleistungen, die unter seiner Anordnung oder seiner Leitung vorzunehmen sind, so zu regeln, daß der Verpflichtete gegen Gefahr für Leben und Gesundheit soweit geschützt ist als die Natur der Dienstleistung es gestattet."

Aus der Fassung des Gesetzes folgt zunächst, daß Voraussetzung der Anwendung des § 618 Abs. 1 stets ist, daß es dem Dienstherrn obliegt, Vorrichtungen usw. zu beschaffen oder die Dienste anzuordnen oder zu leiten. Fehlt es an einer solchen Verpflichtung, so greift die Bestimmung nicht Platz. Sie auch auf solche Fälle auszudehnen, wo der Dienstherr, ohne dazu verpflichtet zu sein, tatsächlich Gerätschaften usw. stellt, verbietet m. E. der Wortlaut der Vorschrift.[1]) In derartigen Fällen kann jedoch aus dem Gesichtspunkte einer unerlaubten Handlung eine Haftung des Dienstherrn eintreten. Ob und inwieweit eine Verpflichtung zur Beschaffung von Vorrichtungen usw. besteht, bestimmt sich im Einzelfalle nach den besonderen Umständen. In erster Linie ist die Parteivereinbarung maßgebend. Mangels einer solchen geben die Natur der Dienste und die Verkehrssitte den Ausschlag.

---

[1]) v. Staudinger § 618, IV, a; Dernburg S. 448; Planck § 618, 2b; — a. M. Lotmar S. 240; Oertmann § 618, 2b.

Der Allgemeinheit des Ausdrucks „Räume, Vorrichtungen oder Gerätschaften" entsprechend, ist die Verpflichtung nicht auf diejenigen Räume und Vorrichtungen zu beschränken, welche unmittelbar der Dienstverrichtung dienen, sondern auch auf Geräteschuppen, Höfe, Gänge, Treppen usw. zu beziehen, die der Dienstpflichtige betreten muß. Unter die zu beschaffenden Geräte sind ferner nicht bloß die eigentlichen Werkzeuge, sondern auch die aufgestellten Maschinen zu rechnen. Auch die an diesen anzubringenden Schutzvorrichtungen, sowie sonstige Schutzmittel, wie Schutzbrillen u. dergl. liegen im Rahmen des § 618.

Unter den „Anordnungen und der Leitung" des Dienstherrn sind sowohl besondere Vorschriften und Anweisungen als auch solche allgemeinen Inhalts zu verstehen. Es fallen hierunter die Arbeitsordnungen und Instruktionen für den Dienstpflichtigen, ferner Anweisungen, deren es zum zweckentsprechenden Gebrauch der Schutzvorrichtungen bedarf, insbesondere auch Warnungen vor den mit der Dienstleistung verbundenen Gefahren. Dagegen fallen Warnungen für dritte Personen, die Oertmann (§ 618, 2c) mit hierher rechnet, zweifellos nicht unter § 618, da dieser nur vom Verhältnis des Dienstherrn zum Dienstpflichtigen und von Gefahr für letzteren spricht. Für Anordnungen seiner Vertreter und Gehülfen haftet der Dienstherr gemäß § 278.

Die im § 618, 1 begründete Schutzpflicht geht nur so weit, „als die Natur der Dienstleistung es gestattet." Den absoluten Schutz des Dienstpflichtigen verlangt das Gesetz nicht und konnte ihn vernünftigerweise auch nicht fordern. Der Dienstherr braucht demnach nicht alle nur denkbaren Vorkehrungen zu treffen, die möglicherweise der Verhütung von Unfällen, Krankheiten oder dergl. dienen könnten; den Maßstab seiner Verpflichtung geben vielmehr die §§ 242, 276.[1]) Dadurch, daß es bisweilen absolut wirksame Schutzmaßregeln gar nicht gibt, wird die Verpflichtung nicht etwa überhaupt beseitigt; solchenfalls muß er tun, was regelmäßig die Sicherheit des Dienstpflichtigen erhöht.[2]) Vielfach werden die polizeilichen Vorschriften zur Verhütung von Unfällen und Krankheiten einen Anhalt dafür gewähren, was vom Dienstherrn verlangt werden muß.

Ist der Dienstpflichtige in seinem Dienstverhältnis in die häusliche Gemeinschaft des Dienstherrn aufgenommen, so hat dieser nach § 618 Abs. 2 weiter die Pflicht, „in Ansehung des Wohn- und Schlafraumes sowie der Arbeits- und Erholungszeit diejenigen Einrichtungen und An-

---

[1]) E. R. G. im „Recht" 1907 S. 827.

[2]) O. L. G. Hamburg in Rechtspr. Bd. 10 S. 179.

ordnungen zu treffen, welche mit Rücksicht auf die Gesundheit, die Sittlichkeit und die Religion des Verpflichteten erforderlich sind."

Ob häusliche Gemeinschaft vorliegt, ist, da durch das Gesetz selbst Anhaltspunkte für den Begriff nicht geboten werden, nach den Anschauungen des Lebens zu bestimmen. In der Regel wird zu fordern sein, daß der Dienstpflichtige Wohnung und Kost im Hause des Dienstherrn erhält.[1]) Seine Unterstellung unter die häusliche Zucht des Dienstherrn, die von Schultzenstein (a. a. O.) und Fischer-Henle (§ 617, 3) außerdem noch verlangt wird, ist m. E. nicht erforderlich, wenn sie auch häufig eine Begleiterscheinung der häuslichen Gemeinschaft sein wird. Die Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft wird meist im Sinne der Naturalvergütung vollzogen werden, jedoch steht ihr nicht entgegen, daß der Dienstpflichtige für Kost und Logis einen Pensionspreis bezahlt und für seine Dienste anderweit entlohnt wird. Gleichgültig ist, ob die Aufnahme gleich zu Beginn des Dienstverhältnisses oder erst nachträglich erfolgt ist, sowie auch, ob sie auf Grund des Vertrages erfolgen mußte oder ob sie freiwillig geschehen ist.

Der Dienstherr ist nach der Vorschrift zur Gewährung von anständigen und gesunden Schlaf- und Wohnräumen verpflichtet. Bei der Verpflegung, die selbstverständlich gleichfalls gesundheitsdienlich sein muß, hat er auf Verlangen des Dienstpflichtigen etwaige Fastengebote desselben zu berücksichtigen. Die Arbeits- und Erholungszeit ist so festzusetzen, daß keine die Gesundheit gefährdende Belastung des Dienstpflichtigen eintritt. Auch ist ihm die nötige Zeit zur Erfüllung seiner religiösen Pflichten zu lassen. In keiner der gedachten Richtungen kann aber der Dienstpflichtige etwas Ungewöhnliches verlangen. Der Maßstab liegt auch hier im § 242.

Erfüllt der Dienstherr die ihm nach § 618 obliegenden Pflichten nicht, so hat der Dienstpflichtige das Recht, das Dienstverhältnis nach § 626 zu kündigen und nach § 628 Abs. 2 Ersatz des ihm durch die Kündigung entstehenden Schadens zu beanspruchen. Auch kann er, da es sich um Vertragspflichten handelt, im Wege der Klage bezw. der einstweiligen Verfügung die Erfüllung verlangen. Außerdem aber kann noch eine Schadensersatzpflicht des Dienstherrn in Frage kommen, wenn nämlich der Dienstpflichtige infolge der Pflichtverletzung einen Schaden erlitten

---

[1]) Bonn S. 46; v. Staudinger § 618, III, 3; Kuhlenbeck § 618, 2; ähnlich auch Schultzenstein, Arch. f. Bürg. Recht. Bd. 23 S. 263.

Lotmar S. 657 ff. hält es dagegen schon für ausreichend, daß der Dienstpflichtige vom Dienstherrn lediglich „unter das Dach aufgenommen ist, unter welchem dieser wohnt", und Planck, § 617, 3d, daß er nur „seine Mahlzeiten aus der Wirtschaft des Dienstherrn bezieht".

hat und den Dienstherrn ein Verschulden gemäß § 276 trifft. Zur Annahme eines Verschuldens des Dienstherrn genügt es, wie das Reichsgericht zutreffend ausgesprochen hat,[1]) wenn er bei Anwendung der ihm obliegenden Sorgfalt erkennen konnte, daß zur Verhütung von Beschädigungen des Dienstpflichtigen Vorkehrungen nötig waren. Nicht erforderlich ist, daß er die konkrete Art und Weise des eingetretenen rechtsverletzenden Erfolgs voraussehen konnte. Konkurrierendes Verschulden des Dienstpflichtigen kann gemäß § 254 die Ersatzpflicht aufheben bezw. ihrem Umfange nach einschränken.

Bezüglich des Umfangs der Schadensersatzpflicht bestimmt § 618 Abs. 3, daß die für unerlaubte Handlungen geltenden Vorschriften der §§ 842—846 entsprechende Anwendung finden. Dadurch wird die Schadensersatzpflicht über das Normalmaß der Ersatzpflicht bei Vertragsverletzungen hinaus erweitert: — Haftung für Nachteile in Erwerb und Fortkommen (§ 842), Schadensersatz durch Geldrente (§ 843), Beerdigungskosten und Unterhaltspflichten im Falle des Todes (§ 844), Entschädigung Dritter für diesen entgehende Dienste (§ 845). — Daraus, daß § 847 nicht mit in Bezug genommen ist, ist in Verbindung mit § 253 zu schließen, daß auf Grund des § 618 für nicht vermögensrechtlichen Schaden kein Ersatz, also kein Schmerzensgeld, gefordert werden kann.[2]) Der Dienstpflichtige kann aber seinen Schadensersatzanspruch wegen Pflichtverletzung des Dienstherrn anstatt auf § 618 auch auf die allgemeinen Bestimmungen der §§ 823 ff. stützen. Wählt er den letzteren Weg, so ist ihm auch ein Anspruch auf Schmerzensgeld zuzugestehen.[3]) Der entgegenstehenden Auffassung des Oberlandesgerichts Bamberg, die damit begründet wird, daß, wenn die Haftung eines Vertragsteils nach den besonderen Vertragsnormen eingeschränkt sei, er auch eine höhere Haftung auf Grund der allgemeinen Vorschriften der §§ 823 ff. nicht zu vertreten. habe, ist zurückzuweisen, da sie der Billigkeit widerspricht. Denn der Dienstpflichtige würde dann, wie Kleinschmidt[4]) zutreffend ausführt, ungünstiger gestellt sein als ein Dritter, der aus unerlaubter Handlung klagt, während er doch im Falle der Klage aus §§ 823 ff. vollständig aus dem Vertragsverhältnis heraustritt und dem Dienstherrn nur wie ein Dritter gegenübersteht.

---

[1]) Entsch. in Gruchot Bd. 46 S. 490 und J. W. 1903, Beil. 17.

[2]) Matthiaß S. 587 Anm. 2; Türcke-Riedenführ § 618, 5; O. L. G. Bamberg in Seuff. Arch. 1905 S. 139.

[3]) E. R. G. in Jur. Wochenschrift 1907 S. 830 Ziffer 5; O. L. G. Hamburg in Hans. Ger. Ztg. 1907 Beibl. 252.

[4]) Hess. Rechtspr. Bd. 7 S. 133.

Von Interesse ist noch die Frage, ob einem vom Dienstpflichtigen zur Dienstleistung herangezogenen Gehülfen, der zum Dienstherrn in keinem unmittelbaren Vertragsverhältnis steht, der gleiche Anspruch auf Schadensersatz zusteht, falls er infolge einer Pflichtverletzung des Dienstherrn zu Schaden gekommen ist. Dies ist selbstverständlich zu verneinen, wenn der Dienstpflichtige nach dem Inhalt des Vertrages überhaupt nicht zur Heranziehung eines Gehülfen befugt war. Entspricht diese aber dem Willen des Dienstherrn, so muß die Frage wohl bejaht werden, da dann der Gehülfe wirtschaftlich dem Dienstherrn als dessen Arbeiter gegenübersteht, und auch rechtlich zwischen ihnen insofern eine Beziehung besteht, als nach den übereinstimmenden Willen aller Beteiligten der Gehülfe seine Dienste unmittelbar dem Dienstherrn zu leisten hat.[1])

Mit Rücksicht auf die Natur und den Zweck der Vorschrift ist im § 619 bestimmt worden, daß sie „nicht im voraus durch Vertrag aufgehoben oder in ihrer Anwendung beschränkt werden kann." Der Ausdruck „im voraus" bezieht sich nicht nur auf die Zeit vor dem Beginn des Dienstverhältnisses, sondern auch auf die ganze spätere Zeit seiner Dauer bis zur völligen Beendigung. Jede vertragsmäßige Aufhebung oder Einschränkung der Verpflichtungen, soweit sie sich auf die Folgezeit bezieht, ist also ungültig.[2]) Dagegen wird durch § 619 nicht ausgeschlossen, daß ein gegen den Dienstherrn bereits entstandener konkreter Anspruch durch Vertrag (Verzicht oder Vergleich) erledigt wird, auch wenn das Dienstverhältnis noch fortdauert.

2. Bei Erkrankung des Dienstpflichtigen.

Ist der Dienstpflichtige in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen, so liegt dem Dienstherrn neben der durch § 618 begründeten Fürsorgepflicht noch eine weitere ob, falls zugleich das Dienstverhältnis ein dauerndes ist und die Erwerbstätigkeit des Dienstpflichtigen vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt. Gemäß § 617 hat er nämlich dann dem Dienstpflichtigen „im Falle der Erkrankung die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung bis zur Dauer von 6 Wochen, jedoch nicht über die Beendigung des Dienstverhältnisses hinaus, zu gewähren, sofern nicht die Erkrankung von dem Verpflichteten vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt worden ist."

Wann ein Dienstverhältnis als dauernd anzusehen ist, ist mangels gesetzlicher Bestimmung Tatfrage. Zweifellos ist hier unter dauernd so-

[1]) Hahn in Gruchot. Bd. 45 S. 213 ff.; Planck § 618, 2d.; O. L. G. Königsberg in Pos. M. Schr. 1907 S. 156.

[2]) Reichstagskommissionsbericht. S. 85.

viel wie „länger dauernd" zu verstehen. Die Auslegung als „für immer" ist ausgeschlossen. Dies ergibt sich aus dem Zusammenhang wie auch durch argumentum e contrario daraus, daß im § 624 ein für immer abgeschlossenes Dienstverhältnis als „ein für die Lebenszeit einer Person" eingegangenes bezeichnet wird. Schwierig ist aber die Frage nach dem Erkennungsmerkmal für ein dauerndes Dienstverhältnis in obigem Sinne. Die Ansicht von Planck (§ 617, 3b) und Matthiaß (S. 568), daß ein dauerndes Dienstverhältnis meistens dann angenommen werden müsse, wenn der Dienstpflichtige in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen sei, kann nicht als richtig anerkannt werden. Denn § 617 verlangt ausdrücklich eine Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft und ein dauerndes Dienstverhältnis. Auch die Kündigungsfrist kann nicht entscheidend sein.[1]) Sicher ist allerdings, daß eine lange Kündigungsfrist das Dienstverhältnis zu einem dauernden macht. Umgekehrt gilt aber keineswegs, daß eine kurze Kündigungsfrist zur Annahme des Gegenteils zwingt. Es kommt vielmehr, namentlich in ländlichen Verhältnissen, gar nicht selten vor, daß Dienstverhältnisse mit kurzen Kündigungsfristen Jahre und selbst Jahrzehnte lang währen. In solchen Fällen wird man das Dienstverhältnis doch nicht lediglich wegen seiner kurzen Kündigungsfrist als vorübergehend bezeichnen wollen. Zudem würde, wenn die Kündigungsfrist das maßgebende Merkmal wäre, der Dienstherr sich durch Vereinbarung kurzer Fristen den Verpflichtungen aus § 617 entziehen können, was dem Zweck der Vorschrift widersprechen würde. Ebensowenig sind die Lohnzahlungsperioden zugrunde zu legen; denn bezüglich ihrer gilt das gleiche, was von den Kündigungsfristen gesagt ist. Die genannten Momente können gewiß gelegentlich schätzenswerte Anhaltspunkte bilden, entscheidend sind sie aber nicht. Befriedigend erscheint mir dagegen das Resultat, zu dem Lotmar (S. 540 ff.) und Schultzenstein (D. J. Z. S. 245 ff.) gelangen, indem sie die Vertragszeit zum Ausgangspunkt nehmen. Nach ihren überzeugenden Ausführungen kommt es darauf an, ob der Wille der Parteien von vornherein auf Eingehung eines auf Dauer angelegten und nicht eines nur vorübergehenden Dienstverhältnisses gerichtet war, und ist dies anzunehmen einmal, wenn das Verhältnis rechtlich — kraft Vertrages — auf längere Zeit angelegt ist, ferner, wenn es nur tatsächlich, d. h. nach Art und Zweck der Dienste, darauf angelegt ist, und endlich, wenn es nur tatsächlich längere Zeit hindurch gedauert hat. Zu demselben Ergebnis kommt übrigens schließlich auch Springer[2]), der den Um-

---

[1]) a. M. Lipinsky S. 227; Matthiaß S. 586.

[2]) in Gruchot. Bd. 50 S. 771.

fang der Dienstaufgabe als das maßgebende Kennzeichen verwerten will, für die Ermittelung der Größe der Aufgabe aber im wesentlichen entscheidend sein läßt, ob das Dienstverhältnis rechtlich oder faktisch auf längere Zeit angelegt ist, oder ob es längere Zeit gedauert hat. Der Maßstab für die „längere Zeit“ ist dann weiter im Einzelfalle nach den obwaltenden Umständen unter besonderer Berücksichtigung der Verkehrsgrundsätze und der wirtschaftlichen Verhältnisse festzusetzen. Zu beachten ist dabei, daß die Zeit im Verhältnis stehen muß zu der längsten rechtlich überhaupt zulässigen Dienstzeit von 5 Jahren (§ 624). Ferner drängt der Zweck der Vorschrift des § 617, die dem Schutze des Dienstpflichtigen dienen soll, darauf hin, die Zeit so kurz als möglich zu bestimmen.

Als weitere Voraussetzung wird gefordert, daß das Dienstverhältnis die Erwerbstätigkeit des Dienstpflichtigen vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt. Ob dies zutrifft, unterliegt gleichfalls richterlicher Beurteilung. Entscheidend kann dabei nicht sein, ob der Dienstpflichtige aus dem Dienstverhältnis allein oder vorwiegend seinen Erwerb findet. Denn in dem Worte „Erwerbstätigkeit“ liegt, wie Schultzenstein (D. J. Z. 1902 S. 258) zutreffend bemerkt, der Ton nicht auf Erwerb, sondern auf Tätigkeit; hauptsächlich in Anspruch genommene Erwerbstätigkeit kann mithin nie eine Tätigkeit mit hauptsächlichem Erwerb, sondern nur eine hauptsächlich in Anspruch genommene Tätigkeit mit Erwerb bedeuten. Maßgebend ist demnach vielmehr, ob diejenige Tätigkeit des Dienstpflichtigen, welche mit Erwerb verbunden ist, — nicht seine Tätigkeit überhaupt, — von dem Dienstverhältnis vollständig oder hauptsächlich in Anspruch genommen wird, was sich nach der Dauer der Dienstleistungen richtet.[1]) Daß der Dienstpflichtige etwa während der ihm frei bleibenden Zeit, mag diese selbst den größten Teil des Tages ausmachen, eine Erwerbstätigkeit ausüben könnte, kommt dabei nicht in Betracht; denn Erwerbs*tätigkeit*, nicht Erwerbs*fähigkeit* steht hier in Frage.

Liegen bezüglich des Dienstverhältnisses die beiden bisher erörterten Voraussetzungen in Verbindung mit der Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft vor, so greift im Falle der Erkrankung des Dienstpflichtigen der § 617 Platz. Was den Begriff „Erkrankung“ anlangt, so ist streitig, ob er hier dem Wortlaut entsprechend ein Krankwerden im Gegensatz zur Krankheit, dem Kranksein, bedeutet, oder ob das Gesetz

---

[1]) v. Staudinger § 617, 2; Oertmann § 617, b; Lotmar S. 403; Bonn S. 45; Meyer, D. J. Z. 1902 S. 450; — a. M. Sigel S. 165.

darunter dasselbe wie Krankheit verstanden wissen will.[1]) Die Entscheidung dieser Frage ist von größter Wichtigkeit; denn im ersten Falle würde der Dienstherr nur dann, wenn der Dienstpflichtige im Dienste krank wird, und nicht dann, wenn er schon vor Antritt des Dienstes erkrankt war, zur Fürsorge verpflichtet sein, während letzterenfalls auch dem bereits vor dem Dienstantritt krank gewordenen Dienstpflichtigen der Anspruch aus § 617 zustehen würde. M. E. ist hier unter Erkrankung dasselbe wie Kranksein oder Krankheit zu verstehen, und zwar aus folgenden Gründen. Schon nach allgemeinem Sprachgebrauch versteht man unter „Erkrankung" Krankwerden und das dadurch bedingte Kranksein zugleich. Ferner füllt § 617, wie Schultzenstein (a. a. O.) richtig bemerkt, eine Lücke der reichsrechtlichen Krankenversicherung aus; in den Krankenversicherungsgesetzen aber ist der Begriff „Erkrankung" allgemein als Zustand, als Kranksein aufgefaßt, und ist daher § 617 nicht anders auszulegen. Außerdem spricht gegen die andere Auffassung noch der Umstand, daß sie schwierige, vielfach ohne sicheres Ergebnis bleibende Untersuchungen über den Zeitpunkt der Entstehung der Krankheit notwendig machen würde. Der Einwand, daß von dem von mir vertretenen Standpunkt aus dem Dienstherrn unbegründete Lasten aufgebürdet würden, ist nicht berechtigt. Denn wenn der Dienstpflichtige bereits bei Eingehung des Dienstverhältnisses krank war, so hat der Dienstherr die Möglichkeit, den Vertrag wegen Irrtums gemäß § 119 anzufechten und sich so allen Verpflichtungen zu entziehen. Ich bin daher der Ansicht, daß Erkrankung hier dasselbe wie Krankheit bedeutet. Unter Krankheit im Rechtssinne ist nun ein anormaler körperlicher oder geistiger Zustand zu verstehen, welcher in der Notwendigkeit einer besonderen Verpflegung und ärztlichen Behandlung oder einer von beiden zu Tage tritt.[2])

Ob die Krankheit durch den Dienst oder bei Gelegenheit desselben entstanden ist oder nicht, ist gleichgültig. Bei ersteren Krankheiten kann jedoch unter Umständen neben der Fürsorgepflicht aus § 617 noch eine weitere Haftung des Dienstherrn aus § 618 begründet sein. Als Beginn der Erkrankung ist der Zeitpunkt zu bezeichnen, in welchem zuerst die Notwendigkeit einer besonderen Verpflegung oder ärztlichen Behandlung oder einer von beiden hervorgetreten ist, ganz gleich, ob etwa eine Krankheit

---

[1]) Die erstere Ansicht vertreten: Kuhlenbeck § 617, 3; Cosack S. 526; Türcke-Riedenführ § 617, 4; v. Staudinger § 617, IVa; Delius in Jur. Lit. Bl. 1904 S. 37/8; L. G. Königsberg i. Pos. M. Schr. 1907 S. 25.

Der zweiten Meinung sind: Oertmann § 617, 1, d; Bonn S. 48; Schultzenstein a. a. O. S. 48 ff.; O. L. G. Frankfurt u. Colmar in Rechtspr. Bd. IX S. 289, 134.

[2]) Schultzenstein a. a. O. S. 227 sowie die dort zitierten Schriftsteller.

im medizinischen Sinne schon früher bestand. Als Ende der Erkrankung ist entsprechend der Zeitpunkt anzunehmen, in dem jener Zustand nicht mehr besteht, einerlei, ob eine Krankheit im medizinischen Sinne noch vorliegt oder nicht.[1]) Erkrankt der Dienstpflichtige während des Dienstverhältnisses mehrmals, so wird durch jede neue Erkrankung von neuem die Fürsorgepflicht begründet, und zwar auch dann, wenn die neue Krankheit auf Grund alter, noch nicht gehobener Krankheitsursachen wieder auftritt. Denn eine neue Erkrankung ist stets anzunehmen, wenn zwischen den einzelnen Fällen eine wenn auch nur kurze Zeit liegt, in der weder ärztliche Behandlung noch eine besondere Verpflegung erforderlich war. Als neue Erkrankung darf es jedoch nicht angesehen werden, wenn während des Krankseins zu der vorhandenen noch eine zweite Krankheitsursache hinzutritt.

Hinsichtlich des Inhalts und Umfangs der in Frage stehenden Fürsorgepflicht bestimmt § 617, daß der Dienstherr dem Dienstpflichtigen „die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung bis zur Dauer von 6 Wochen, jedoch nicht über die Beendigung des Dienstverhältnisses hinaus," zu gewähren habe.

Unter ärztlicher Behandlung ist die auf Heilung oder Linderung der Krankheit gerichtete Tätigkeit des Arztes zu verstehen, und zwar ist Arzt im Sinne des Gesetzes nur ein approbierter Arzt. Die Behandlung durch sog. Naturärzte ist nie eine ärztliche Behandlung. In die ärztliche Behandlung ist auch die Tätigkeit der Heilgehülfen, Krankenwärter usw., die der Arzt etwa anordnet, mitzurechnen. Unter Verpflegung sind im Gegensatz zur Tätigkeit des Arztes die zur Heilung oder Linderung der Krankheit dienenden sachlichen Mittel zu verstehen, wie Arzneien, besondere Kost und Pflege usw.[2])

Als „erforderlich" müssen diejenige Verpflegung und ärztliche Behandlung bezeichnet werden, welche behufs Herbeiführung der alsbaldigen Genesung des Dienstpflichtigen notwendig erscheinen. Die Beurteilung der Erforderlichkeit hat im einzelnen Falle nach billigem Ermessen (§ 242) zu erfolgen, wobei stets von objektiven Gesichtspunkten auszugehen ist und nicht von den subjektiven Anschauungen und Lebensgewohnheiten der Parteien. Daß der Dienstherr z. B. selbst in ähnlicher Lage für sich und seine Angehörigen einen Arzt nicht hinzuziehen würde, ist kein Grund zur Ablehnung der ärztlichen Behandlung;[3]) umgekehrt kann der Dienstpflichtige natürlich nicht schon bei der leisesten Erkrankung

[1]) Schultzenstein a. a. O.

[2]) Schultzenstein a. a. O. S. 281 ff.; Bonn S. 49; v. Staudinger § 617, IV, 2a.

[3]) Abweichend: Dernburg S. 449.

sogleich die Herbeiholung eines Arztes verlangen. Maßgebend ist in erster Linie die Art und der Grad der Erkrankung. Doch wird auch die physische Beschaffenheit des Dienstpflichtigen zu berücksichtigen sein, da bei einem von Natur schwachen und kränklichen Menschen die Hinzuziehung eines Arztes in der Regel eher geboten ist als bei einem an sich gesunden und widerstandsfähigen. Unter Umständen kann auch der Beruf von Belang sein, insofern, als mit Rücksicht auf diesen dieselbe Krankheit für den einen störend sein und deshalb ärztliche Behandlung bezw. besondere Pflege erfordern kann, für den anderen hingegen nicht.[1]) Keineswegs darf aber die soziale Stellung berücksichtigt werden; in gleichen Fällen steht vielmehr allen Dienstpflichtigen grundsätzlich derselbe Fürsorgeanspruch zu. Auch ist es bei vorliegender Notwendigkeit gleichgültig, in welchem Verhältnis die dem Dienstherrn erwachsenden Unkosten zu dem Wert der Dienstleistung und der Höhe der Vergütung stehen. Jedoch kann der Dienstpflichtige, wenn die Krankheit durch mehrere Heilmethoden gehoben werden kann, z. B. durch bloße Anwendung von Arzneien wie durch einen mit hohen Kosten verbundenen operativen Eingriff, nicht die Anwendung gerade der teuersten verlangen, wenn sie auch die am schnellsten wirksame sein sollte. Ebenso hat er keinen Anspruch auf die sehr kostspielige Behandlung durch berühmte Spezialärzte; die Wahl des hinzuzuziehenden Arztes steht vielmehr dem Dienstherrn zu.

Die sechswöchentliche Frist läuft naturgemäß von dem Tage ab, an welchem dem Dienstpflichtigen tatsächlich die erste Fürsorge im Sinne des Gesetzes zu teil geworden ist. Endigt das Dienstverhältnis schon vor den sechs Wochen, sei es durch Zeitablauf oder infolge Übereinkommens, so erlischt gemäß der Vorschrift die Verpflichtung des Dienstherrn mit der Beendigung. Sie endigt aber nach § 617 Satz 4 nicht früher, wenn die Auflösung des Dienstverhältnisses durch eine vom Dienstherrn wegen der Erkrankung des Dienstpflichtigen vorgenommene außerordentliche Kündigung gemäß § 626 herbeigeführt wird. Ob die Erkrankung einen wichtigen Grund zur Kündigung darstellt, ist nach ihrer Art und Schwere zu beurteilen.

Nach Satz 2 der Bestimmung kann die Fürsorge auch durch Aufnahme des Dienstpflichtigen in eine Krankenanstalt gewährt werden. Dadurch wird, wie allgemein mit Recht angenommen wird, keine Alternativobligation, sondern nur eine facultas alternativa des Dienstherrn begründet; die Unterbringung in eine Krankenanstalt ist nur in solutione, nicht in obligatione; der Dienstherr kann sich, wenn er den kranken

---

[1]) Schultzenstein a. a. O.

Dienstpflichtigen nicht im Hause behalten will, seiner Fürsorgepflicht auch auf dem Wege entledigen, daß er ihn in eine Krankenanstalt schafft; der Dienstpflichtige hat aber auf diese Art der Behandlung keinen Anspruch.[1]) Die Anstalt muß natürlich den Erfordernissen der Verpflegung und ärztlichen Behandlung entsprechen; die Unterbringung in eine schlechte Anstalt braucht sich der Dienstpflichtige keineswegs gefallen zu lassen. Weigert er sich auf das Anerbieten des Dienstherrn aber unberechtigterweise, in eine Krankenanstalt zu gehen, wie das bei Dienstmädchen häufig vorkommt, so verliert er für die Dauer der Weigerung seinen Fürsorgeanspruch überhaupt, während, wenn er sich nachträglich bereit erklärt, die Verpflichtung des Dienstherrn für die noch übrige Fürsorgezeit wieder auflebt.[2])

Die ihm durch die Gewährung von Fürsorge gemäß § 617 entstandenen Kosten kann der Dienstherr nach Satz 3 der Vorschrift auf die dem Dienstpflichtigen für die Zeit der Erkrankung zustehende Vergütung anrechnen. Es macht keinen Unterschied, ob dem Dienstpflichtigen für die Zeit der Erkrankung die Vergütung aus § 616 geschuldet wird, oder, weil er während der Erkrankung seine Dienste fortgeleistet hat. Nur auf die für die Zeit der Erkrankung geschuldete Vergütung darf angerechnet werden; erhält z. B. der Dienstpflichtige eine Monatsvergütung von 30 Mark und zieht er sich während 3 Tagen eine Krankheit zu, für deren Behandlung der Arzt 30 Mark beansprucht, so können nicht diese 30 Mark, sondern nur 3 Mark auf die Vergütung angerechnet werden.

Die Anwendung des § 617 ist ausgeschlossen, wenn „die Erkrankung von dem Dienstpflichtigen vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt worden ist." Der Fall, daß der Dienstpflichtige sich vorsätzlich die Erkrankung zugezogen hat, wird wohl selten vorkommen, desto öfter aber der Fall der groben Fahrlässigkeit. Letzterer wird beispielsweise anzunehmen sein bei Erkrankung infolge außerehelichen Geschlechtsverkehrs, Trunkenheit, Beteiligung an Raufhändeln usw.; unter Umständen wird sie auch schon als vorliegend anzusehen sein, wenn der Dienstpflichtige, obgleich er wußte, daß er krank war, dies verschwiegen hat und infolgedessen aus einer ursprünglich nur leichten Erkrankung eine schlimme Krankheit von längerer Dauer entstanden ist.[3]) Die Weigerung des

[1]) Abgesehen von den Fällen, wo mit Rücksicht auf den Krankheitszustand die Aufnahme in eine Krankenanstalt „erforderlich" ist, wie z. B. wenn eine Operation nötig ist und diese nur in einem Krankenhause vorgenommen werden kann.

[2]) Schultzenstein a. a. O. S. 298; Delius a. a. O.

[3]) Schultzenstein a. a. O. S. 298.

Dienstpflichtigen, eine nach ärztlichem Gutachten erforderliche Operation an sich vornehmen zu lassen, kann dagegen, wie allgemein anerkannt ist, nicht als grobe Fahrlässigkeit in Betracht kommen; denn es gibt keine rechtlich erzwingbare Pflicht, am eigenen Körper eine Operation vornehmen zu lassen. Der Beweis für den Vorsatz oder eine grobe Fahrlässigkeit des Dienstpflichtigen liegt dem Dienstherrn ob.

Die Verpflichtung des Dienstherrn zur Fürsorge tritt nach Abs. 2 der Vorschrift ferner nicht ein, „wenn für die Verpflegung und ärztliche Behandlung durch eine Versicherung oder durch eine Einrichtung der öffentlichen Krankenpflege Vorsorge getroffen ist." Da das Gesetz das Wort „Versicherung" hier anders als im § 616 ohne jeden Zusatz gebraucht, fallen private wie öffentliche und gesetzliche wie freiwillige Versicherungen darunter. Ob die Beiträge zu der Versicherung vom Dienstherrn oder vom Dienstpflichtigen gezahlt werden, macht keinen Unterschied. Was den Begriff „Einrichtung öffentlicher Krankenpflege" anlangt, so handelt es sich nur um die im Wege der allgemeinen öffentlichen Krankenfürsorge getroffenen Vorkehrungen. Einrichtungen der öffentlichen Armenpflege kommen nicht in Betracht; denn die auf diesem Gebiete geschaffenen Einrichtungen dienen, wie Schultzenstein (a. a. O. S. 309) zutreffend bemerkt, dem Schutze des Publikums gegen Arme und haben den Charakter des Almosenempfangs, nicht aber einer sozialpolitischen Berechtigung.

Wie den aus § 618 sich ergebenden Pflichten des Dienstherrn, so ist auch seiner Verpflichtung aus § 617 mit Rücksicht auf ihre sozialpolitische Natur vom Gesetz ein zwingender Charakter beigelegt worden; sie kann ebenfalls gemäß § 619 nicht im voraus durch Vertrag aufgehoben oder beschränkt werden.

Verletzt der Dienstherr die ihm obliegeude Pflicht, so steht dem Dienstpflichtigen in gleicher Weise wie im Falle einer Pflichtverletzung gemäß § 618 an Rechtsbehelfen der Weg der Klage bezw. einstweiligen Verfügung, das Kündigungsrecht nach § 626, sowie für etwa erlittenen Schaden ein Ersatzanspruch nach den allgemeinen Haftungsgrundsätzen zu. Macht er von dem Kündigungsrecht Gebrauch, so hört die Verpflichtung des Dienstherrn damit auf, da ja nach § 617 Satz 3 die Beendigung des Dienstverhältnisses infolge einer Kündigung nach § 626 für die Verpflichtung nur dann außer Betracht bleibt, wenn die Kündigung vom Dienstherrn ausgeht. Der Dienstpflichtige kann aber nach § 628 Abs. 2 Ersatz des ihm durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstandenen Schadens verlangen. Abgesehen von den genannten Rechtsbehelfen muß der Dienstpflichtige ferner für berechtigt erachtet

werden, sich die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung selbst zu verschaffen und gemäß den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 679—685) vom Dienstherrn Ersatz seiner Aufwendungen zu beanspruchen; denn ohne seine Geschäftsführung würde eine Pflicht des Dienstherrn, „deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt", nicht rechtzeitig erfüllt werden.[1])

Gemäß E. G. Art. 95 Abs. 2 findet die Bestimmung des § 617, die sich zunächst nur auf die Dienstverhältnisse des B. G. B. und nicht auf die durch Spezialgesetz geregelten erstreckt, auch auf das Gesindeverhältnis Anwendung, „jedoch nur insoweit, als die Landesgesetze dem Gesinde nicht weitergehende Ansprüche gewähren."

---

[1]) Lotmar S. 245; Planck § 617, 5, b; v. Staudinger § 617, V, 3; Oertmann § 617, 2a; Schultzenstein a. a. O. S. 316.

Teil III.

Die Pflicht zur Gewährung von Zeit zum Aufsuchen eines anderen Dienstverhältnisses.

„Nach der Kündigung eines dauernden Dienstverhältnisses hat der Dienstberechtigte dem Verpflichteten auf Verlangen angemessene Zeit zum Aufsuchen eines anderen Dienstverhältnisses zu gewähren." (§ 629.)

Die im Interesse der künftigen Existenz des Dienstpflichtigen gegebene Vorschrift ist vom Gesetzgeber auf dauernde Dienstverhältnisse beschränkt worden, da sie, auf alle Dienstverhältnisse ausgedehnt, zu Belästigungen des Dienstherrn führen würde, ohne einem praktischen Bedürfnisse zu entsprechen. Die Verpflichtung des Dienstherrn beginnt erst mit der Kündigung. Das Wort „Kündigung" ist hier im Sinne von befristeter Kündigung gebraucht; denn die naturgemäße Voraussetzung der Anwendbarkeit der Vorschrift ist, daß durch die Kündigung eine Kündigungsfrist in Lauf gesetzt wird; im Falle unbefristeter Kündigung ist für sie kein Raum. Von welchem Teile die Kündigung ausgeht, ist gleichgültig. Zweifelhaft kann es sein, ob die Bestimmung auch auf solche Fälle anwendbar ist, in denen das Dienstverhältnis ohne Kündigung durch Zeitablauf demnächst zu Ende gehen wird, und ob dem Dienstpflichtigen hier sinngemäß angemessene Zeit vor der Beendigung der Urlaub zu gewähren ist. Der Wortlaut des Gesetzes erstreckt sich nicht auf diese Fälle. Da aber die ratio legis hier gerade so zutrifft, wie bei den zu kündigenden Dienstverhältnissen, wird man die Frage m. E. gleichwohl bejahen müssen.[1])

Die dem Dienstpflichtigen zu gewährende Zeit muß „angemessen" sein. Das erfordert einmal, daß sie nach ihrer absoluten Dauer zu den fraglichen Bemühungen ausreicht. Sie muß ferner aber auch nach ihrer

---

[1]) v. Staudinger a. a. O.; Sigel a. a. O.; Oertmann a. a. O. — a. M. Türcke-Niedenführ § 629, 1; Dernburg S. 456; Crome S. 651 Anm. 43; Enneccerus-Lehmann S. 608.

Lage dazu geeignet sein. Daher wird sie in der Regel in die Tagesstunden fallen müssen, wo üblicherweise Angebote von Diensten der fraglichen Art stattfinden. In den Worten „angemessene Zeit“ ist aber andererseits zugleich ein Hinweis zu erblicken, daß bei Anwendung des § 629 auch den Interessen des Dienstherrn billige Rechnung getragen werden muß. Verlangt z. B. der Dienstpflichtige den Urlaub, obschon er ihm ohne Nachteil auch zu einer späteren Zeit nehmen könnte, gerade zu einer Zeit, wo der Dienstherr seiner Dienste besonders dringend bedarf, so muß diesem das Recht zugestanden werden, das Verlangen als unbillig zurückzuweisen. Die Angemessenheit der Zeit wird daher stets an der Hand der gesamten obwaltenden Umstände unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben zu bestimmen sein.

Verweigert der Dienstherr den Urlaub rechtswidrig, so kann der Dienstpflichtige auf Erteilung desselben klagen und eventuell auch Schadensersatz verlangen. Vielfach wird ihm die unberechtigte Urlaubsverweigerung auch einen Grund zur sofortigen Kündigung gemäß § 626 und den Ersatzanspruch aus § 628 Abs. 2 geben. Er ist dagegen nicht ohne weiteres befugt, sich im Wege der Selbsthülfe den verweigerten Urlaub selbst zu nehmen, wie teilweise angenommen wird.[1]) Vielmehr ist ihm die Selbsthülfe nur unter den Voraussetzungen gestattet, unter denen man nach § 229 „den Widerstand des Verpflichteten gegen eine Handlung, die dieser zu dulden verpflichtet ist, zu beseitigen“ befugt ist.[2]) Diese Voraussetzungen dürften in der Regel allerdings gegeben sein.

Ob der Dienstpflichtige für die ihm gemäß § 629 gewährte Zeit Anspruch auf Vergütung hat, ist im Gesetz nicht entschieden. Man wird jedoch, da es sich um die Ausübung einer gesetzlichen Befugnis handelt, den § 616 anwenden und die Frage demnach insoweit bejahen müssen, als die in Anspruch genommene Zeit verhältnismäßig nicht erheblich ist.[3]) Darüber hinaus ist aber ein Anspruch auf Vergütung jedenfalls nicht begründet. Ist die Bestimmung des § 616 durch Vereinbarung aufgehoben, so ist für die Urlaubszeit überhaupt keine Vergütung zu zahlen.

Da der § 629 ein sozialpolitisches Schutzgesetz ist, dürfte ihm ein zwingender Charakter beizulegen sein.[4])

---

[1]) v. Staudinger § 626, 5; Sigel S. 177.

[2]) Oertmann § 629, 4.

[3]) Sigel S. 179; Oertmann § 629, 3; Planck § 629, 2; v. Staudinger § 629, 6.

[4]) Sigel S. 159; v. Staudinger § 630, 7; Oertmann § 630, 5; Marwitz S. 67.

Teil IV.

Die Zeugnispflicht.

„Bei der Beendigung eines dauernden Dienstverhältnisses kann der Verpflichtete von dem anderen Teile ein schriftliches Zeugnis über das Dienstverhältnis und dessen Dauer fordern. Das Zeugnis ist auf Verlangen auf die Leistungen und die Führung im Dienste zu erstrecken.“ (§ 630.)

Aus demselben Grunde wie im § 629 wird auch hier ein dauerndes Dienstverhältnis vorausgesetzt. Das Zeugnis kann bei der Beendigung des Dienstverhältnisses gefordert werden. Die Auslegung der Worte „bei der Beendigung“ ist in der Theorie wie in der Praxis bestritten. Es fragt sich zunächst, ob die Verpflichtung des Dienstherrn erst mit dem Aufhören der rechtlichen Existenz des Vertragsverhältnisses, oder, wie die Pflicht zur Urlaubsgewährung nach § 629, schon mit der Kündigung und bei Dienstverhältnissen von bestimmter Dauer angemessene Zeit vor der Beendigung entsteht. Beide Alternativen haben eine Reihe von Vertretern gefunden.[1]) Die Entscheidung der Frage ist auch in der Tat nicht ganz zweifellos zu treffen. Die erstere Auslegung hat entschieden den Wortlaut des Gesetzes, sowie ferner insbesondere die Entstehungsgeschichte des § 630 für sich; denn ein in der Reichstagskommission und später bei der zweiten Lesung im Reichstag nochmals gestellter Antrag, der die Verpflichtung zur Ausstellung des Zeugnisses schon von der Kündigung ab eintreten lassen wollte, ist ab-

---

[1]) Der ersteren Ansicht sind: v. Staudinger § 630, 2a; Planck § 630, 2b; Endemann S. 1059 Anm. 43; Oertmann § 630, 4; Kuhlenbeck § 630, 1; Türcke-Niedenführ § 630, 2; Oertel im Sächs. Arch. Bd. XII S. 28 ff.; Goldmann im Recht 1901, S. 453; O. L. G. Darmstadt in Rechtspr. Bd. 30 S. 78.

der zweiten Ansicht: Marcus im Recht 1902, S. 610; Bendix, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 28 S. 116 ff.; Hachenburg S. 63; Staub zu § 73 H. G. B.; O. L. G. Colmar in Puchelts Zeitschr. Bd. 33 S. 544.

gelehnt worden.[1]) Indessen erscheint mir doch mit Rücksicht auf den engen Zusammenhang des § 630 mit dem § 629, insbesondere bei der beiden Bestimmungen gleichen ratio, die letztere Auslegung geboten. Beide Vorschriften verfolgen den Zweck, das Fortkommen des Dienstpflichtigen nach Ablauf des Vertragsverhältnisses zu fördern. Zu dem Aufsuchen eines anderen Dienstes aber, wozu dem Dienstpflichtigen nach § 629 schon von der Kündigung an, bezw. angemessene Zeit vor der Beendigung des Dienstverhältnisses, die Möglichkeit gegeben werden muß, ist der Besitz eines Zeugnisses über das letzte Dienstverhältnis von großer, häufig entscheidender Bedeutung. Würde nun der § 630 erst bei der rechtlichen Beendigung des Vertrages den Anspruch auf das Zeugnis gewähren, so würde er sich, wie Bendix (a. a. O.) zutreffend ausführt, in Widerspruch setzen mit § 629 und das Erreichen von dessen Zweck illusorisch machen oder doch erheblich erschweren. Das kann vom Gesetzgeber nicht gewollt sein, vielmehr ist anzunehmen, daß beide Bestimmungen sich entsprechen und zur Herbeiführung des gleichen Zweckes gemeinschaftlich wirken sollen. Das erfordert aber, daß der Dienstherr dem Dienstpflichtigen zum Aufsuchen eines anderen Dienstes sowohl angemessene Zeit als auch ein Zeugnis schon von der Kündigung an, bezw. angemessene Zeit vor dem Ablauf der bestimmten Vertragszeit, gewähren muß.

Streitig ist ferner die Frage, wie lange der Anspruch des Dienstpflichtigen auf das Zeugnis besteht. Oertel (a. a. O.) will mit Rücksicht auf die Worte „bei der Beendigung" den Anspruch nur am Tage der rechtlichen Beendigung des Dienstverhältnisses anerkennen, in einem späteren Zeitpunkte überhaupt nicht mehr. Diese Auffassung ist jedenfalls unrichtig; denn § 630 bestimmt sinngemäß nur über den Eintritt, nicht über den Endpunkt der Zeugnispflicht; außerdem würde es auch dem Gesetzeszwecke widersprechen, wenn man einem Dienstpflichtigen, der zunächst ohne ein Zeugnis andere Beschäftigung zu erlangen sucht, späterhin, nachdem sich der Besitz eines solchen hierzu als zweckmäßig oder gar als notwendig erwiesen hat, den Anspruch auf das Zeugnis versagen wollte. Die von Oertel vertretene Ansicht hat eine weitere Verbreitung auch nicht gefunden; man steht vielmehr allgemein auf dem Standpunkt, daß der Dienstpflichtige das Zeugnis auch noch nach Beendigung des Dienstverhältnisses fordern kann. Darüber aber, wielange nachher der Anspruch noch erhoben werden kann, sind die Meinungen geteilt. Staub und das Gewerbegericht Burg wollen ihn bis zum Ab-

[1]) Reichstagskomm.-Ber. S. 50, Stenogr. Ber. über die Reichstagsverhandlungen, IV. Session, 1895/97, 3. Anlageband, S. 2255 ad 40.

lauf der gewöhnlichen Verjährungsfrist von 30 Jahren zulassen,[1]) während er nach der herrschenden Meinung erlischt, wenn er nicht innerhalb angemessener Zeit nach der Beendigung geltend gemacht wird.[2]) Ich trete dieser letzteren Ansicht bei. Man wird einmal, falls der Dienstpflichtige weder bei der Beendigung, noch innerhalb angemessener Zeit nach der Beendigung das Zeugnis verlangt, einen stillschweigenden Verzicht auf dasselbe annehmen dürfen. Sodann sprechen aber auch praktische Gründe für die hier vertretene Auffassung. Der Dienstherr würde, wenn seit der Beendigung des Dienstverhältnisses Jahre verstrichen sind, sich vielfach überhaupt nicht mehr an dasselbe erinnern können, jedenfalls nicht an die Dauer, geschweige denn an die Führung und Leistungen des Dienstpflichtigen; er würde also häufig gar nicht in der Lage sein, noch ein Zeugnis auszustellen. Auch würde das Zeugnis seinem Zwecke, zum Erlangen einer neuen Stellung förderlich zu sein, nicht mehr dienen können, wenn seit der Beendigung des Dienstverhältnisses so lange Zeit verstrichen ist.

Das Zeugnis ist als privatschriftliche Urkunde ins Auge gefaßt. Öffentliche Beglaubigung kann nicht verlangt werden. Wünscht der Dienstpflichtige diese und wird sie daraufhin vom Dienstherrn bewirkt, so hat er selbst die Kosten der Beglaubigung zu tragen.

Der Inhalt des Zeugnisses hat sich zunächst nur auf die Bestätigung der Art und der Dauer des Dienstverhältnisses zu erstrecken. Eine Ausdehnung auf die Leistungen und die Führung im Dienste — qualifiziertes Zeugnis — ist durch ein besonderes Verlangen des Dienstpflichtigen bedingt. Gegen seinen Willen darf es auf letztere Punkte nicht erstreckt werden. Geschieht das, so kann er das Zeugnis zurückweisen und ein anderes im gesetzlich beschränkten Umfange verlangen. Hat er aber ein qualifiziertes Zeugnis begehrt, so kann er andererseits, sofern es nicht seinem Wunsche entsprechend ausfällt, nicht nachträglich die Streichung oder Weglassung des Urteils über seine Leistungen und seine Führung fordern. Ebenso kann er, wenn er zunächst nur die Bestätigung der Art und der Dauer des Dienstverhältnisses verlangt und ein dementsprechendes Zeugnis erhalten hat, nicht später noch die Ausdehnung auf Leistungen und Führung beanspruchen, vielmehr muß sein Recht mit der Ausstellung und Annahme des ursprünglich geforderten Zeugnisses als erledigt gelten.

---

[1]) Staüb zu § 73 H. G. B.; G. G. Bd. V. S. 66.

[2]) Marcus a. a. O.; Oertmann § 630, 4; Hilse in Holdheims Monatsschr. 1905 S. 209; Mumm im Recht 1903 S. 40; Brückmann in Seuff. Bl. 1904, S. 518; Planck § 630, 2b; Goldmann im Recht 1901 S. 453.

Das Zeugnis über Leistungen und Führung soll sich, wie ausdrücklich im Gesetz hervorgehoben ist, nur auf den Dienst beziehen und nicht etwa auch auf das Privatleben des Dienstpflichtigen. Eine erschöpfende Darstellung der in Betracht kommenden Tatsachen im Zeugnis wird meist nicht möglich sein, vielmehr wird ihre Zusammenfassung in ein Urteil notwendig sein. Dadurch wird der Dienstherr aber keineswegs gehindert, einzelne Tatsachen noch besonders zu erwähnen. In Fällen grober Pflichtverletzung wird sich sogar die Führung oft gar nicht besser charakterisieren lassen als dadurch, daß das Vorkommnis im Zeugnis angegeben wird. Daß das Zeugnis auf die Leistungen oder die Führung beschränkt werde, kann nicht verlangt werden.[1])

Der Dienstpflichtige hat Anspruch auf ein vollständiges und wahrheitsgemäßes Zeugnis. Ist es unrichtig, so kann er Berichtigung verlangen. Dies ist zweifellos und auch unbestritten dann der Fall, wenn im Zeugnis bestimmte Tatsachen unrichtig oder unvollständig angegeben sind, sowie auch, wenn darin ein unrichtiges Urteil wider besseres Wissen abgegeben ist. Bestritten ist dagegen, ob dem Dienstpflichtigen der Berichtigungsanspruch auch dann zusteht, wenn es sich um ein im Zeugnis enthaltenes unrichtiges Urteil handelt, das der Dienstherr nach seiner besten Überzeugung abgegeben hat. Man hat ihm den Anspruch hier vielfach versagt mit der Begründung, daß das Zeugnis seinem Charakter nach ein Produkt der subjektiven Wahrnehmungen und Ansichten des Dienstherrn sein solle, und daß dieser deshalb, wenn er nach bestem Wissen und Gewissen das Zeugnis ausgestellt habe, nicht gezwungen werden könne, ein anderes Zeugnis auszustellen, das seiner besten Überzeugung nicht entspreche.[2]) Dem ist m. E. jedoch nicht beizupflichten, vielmehr muß auch in diesem Falle ein Berichtigungsanspruch anerkannt werden. Jene Auffassung betont zu sehr die subjektive Seite des Zeugnisses. Gewiß verlangt der Dienstpflichtige das Urteil des Dienstherrn, seine Überzeugung; er verlangt aber des weiteren auch, daß dieses Urteil objektiv richtig sei in dem Sinne, daß andere auf Grund desselben Materials zu demselben Resultat kommen würden. Es genügt daher nicht, daß das Zeugnis vom Dienstherrn subjektiv richtig ausgestellt ist, es muß auch objektiv richtig sein.[3])

---

[1]) Wittmer in Holdheims Monatsschr. Bd. XII. S. 176.

[2]) Brückmann a. a. O.; Schwedler in Deutsch. Jur. Ztg. 1905 S. 117; R. G. in J. W. 1905 S. 369 Nr. 8; Planck § 630, 4; O. L. G. Hamburg in Rechtspr. Bd. V. S. 269.

[3]) Oertmann § 630, 5; v. Staudinger § 630, 4; Bendix a. a. O.; O. L. G. Stuttgart im Württ. J. Bd. XVI. S. 185; Lunglmayr in D. J. Ztg. 1907 S. 758.

Der Berichtigungsanspruch ist, wie auch der Anspruch auf Ausstellung eines Zeugnisses überhaupt, nach allgemeinen Regeln mit Klage verfolgbar. Der Klangeantrag muß bestimmt angeben, was im Zeugnis wegbleiben, was als Ersatz gesagt, was hinzugefügt werden soll. Die Beweislast für die Unrichtigkeit trifft den Dienstpflichtigen. Gelingt ihm der Beweis, so ergibt sich die weitere Frage, wie die Verurteilung und Zwangsvollstreckung zu erfolgen hat. Hier ist zu unterscheiden:

Handelt es sich um die Berichtigung von im Zeugnis unrichtig oder unvollständig angegebenen Tatsachen, so dürfte es unbedenklich erscheinen, den Dienstherrn zur Berichtigung zu verurteilen und ihm im Urteilstenor den Wortlaut der Berichtigung genau vorzuschreiben; die Zwangsvollstreckung würde sich dann gemäß § 888 C. P. O. gestalten. Dasselbe muß m. E. auch dann gelten, wenn es sich um die Berichtigung eines im Zeugnis enthaltenen Urteils handelt und das Gericht überzeugt ist, daß das Urteil, welches es sich selbst auf Grund der Beweisaufnahme gebildet hat, auch der besten Überzeugung des Dienstherrn Ausdruck gibt; denn solchenfalls steht nichts entgegen, dem Dienstherrn das Urteil des Gerichts zu substituieren. Meistens wird jedoch der Dienstherr das unrichtige Urteil nach bestem Wissen abgegeben haben. Wollte man hier in gleicher Weise verfahren, so würde man ihn zwingen, etwas wider seine beste Überzeugung zu bekunden. Das würde aber gegen das Wesen des richterlichen Urteils verstoßen und muß aus dem Grunde für unzulässig erachtet werden. Es wird daher hier an Stelle der Verurteilung des Dienstherrn zur Berichtigung des Zeugnisses die Berichtigung durch das Urteil selbst erfolgen müssen. Der Urteilstenor wird also etwa so zu fassen sein: „Das Zeugnis wird dahin berichtigt, daß . . . .“ [1])

Im Falle der Verletzung der Zeugnispflicht hat der Dienstpflichtige außer auf Erfüllung gemäß § 286 auch einen Anspruch auf Ersatz des ihm etwa entstandenen Schadens. Gegenüber dem Schadensersatzanspruch steht jedoch dem Dienstherrn — anders wie bei dem Erfüllungsanspruch, der ein Verschulden des Dienstherrn überhaupt nicht voraussetzt, — gemäß § 285 der Nachweis offen, daß ihn kein Verschulden und deshalb auch keine Schadensersatzpflicht treffe. Die Ausstellung eines unrichtigen Zeugnisses kann unter Umständen auch eine Schadensersatzpflicht des Dienstherrn Dritten gegenüber begründen. Als Beispiel hierfür diene folgender Fall: Der Dienstherr hat dem Dienstpflichtigen ein sehr gutes

---

[1]) Marcus a. a. O.; O. L. G. Hamburg a. a. O.; Gew. Ger. Cleve in G. G. Bd. IX S. 279; abweichend Bendix a. a. O.

Zeugnis ausgestellt, obgleich er ihn verschiedener im Dienste begangener Unterschlagungen überführt hat. Auf Grund dieses Zeugnisses überträgt ein Dritter dem Dienstpflichtigen eine Vertrauensstellung, in welcher er wiederum Geld unterschlägt. In diesem Falle steht dem Dritten gemäß § 823 ein Schadensersatzanspruch gegen den Dienstherrn zu; denn in dem Verhalten des Dienstherrn bei der Zeugnisausstellung, das als die Ursache des Schadens anzusehen ist, muß zum mindesten eine Fahrlässigkeit erblickt werden.

Mit Rücksicht auf ihren bereits gekennzeichneten sozialpolitischen Zweck muß auch die Vorschrift des § 630 als zwingendes Recht angesehen werden.